

مكتبة خادم العلم والمعرفة
احصل على أقوى المكتبات في العالم لطلبة العلم تقريبا لكل التخصصات
مكتبة خادم العلم والمعرفة

01- نوفر رسائل الاردن كاملة ب 20 دولار 3000 دج للرسالة
الواحدة على الرابط التالي:

<https://jutheses.ju.edu.jo/default2.aspx>

02- اقتني المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة

4000 جيجا (4) تيرا
أكثر من 90.000 بحث ورسالة علمية.
أكثر من 700.000 كتاب مقال قاموس ووثيقة علمية.
أكثر من مليون 1000.000 مخطوطة
أكثر من 60.000 مادة صوتية

كامل المكتبة ب 70.000.00 دج جزائرية مع الهريسك

بالعملة الصعبة

750 دولار

650 اورو

للاقتناء يرجى التواصل على:

رقم الهاتف: 00213771087969

البريد الإلكتروني Benaissa.inf@gmail.com

يرسل المبلغ في الحساب الجاري الخاص بي بالنسبة للجزائريين

ccp 76650 81 clé 51

KERMEZLI Benaissa

عبر شركة ويسترن يونيون للمقيمين خارج الجزائر باسم

$$\frac{1}{C} \frac{1}{V} = \frac{1}{C} \frac{1}{V} - \frac{1}{C} \frac{1}{V}$$

وزارة التعليم العالي

جامعة الجزائر

معهد الحقوق والعلوم الانسانية

اسباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري

دراسة مقارنة

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية

اعداد الطالب

عياش عوفي

لجنة المناقشة

اشراف

الدكتور عبد القادر احمد حسين

1

2

3

4

1989 - A1409

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

” رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي
وَأَحِلْ لِي حَقَّ مَن لَّسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي “
صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

حققة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، احمده و استعين به و اسير على
صراطه المستقيم ، و اصلي على نبينا الكريم .

ان القوانين منذ القدم قد ميزت الاحوال المعينة عن الاحوال
الشخصية - التي تشمل نظام الاسرة - فبعض الدول تفرد لهذا
النظام قانونا خاصا تسميه " قانون الاحوال الشخصية " مثل الدول
الاسلامية ، و البعض الاخر يفرد له مواد ضمن القانون المدني كما هو
الوضع بالنسبة لفرنسا .

ولقد تلاقى المشرع الجزائري الجدل الذي ثار حول تسمية
قانون الاحوال الشخصية بقانون الاسرة لما في هذا الاخير من الدقة
و الوضوح .

و لم يصدر هذا القانون مفعليا اذ الثابت ان الجزائر قبل الاحتلال
الفرنسي سنة 1830 كانت تطبق مبادئ و احكام الشريعة الاسلامية ،
و كانت احكام مذهب مالك على الخصوص هي المطبقة على التراب الجزائري
باستثناء مدينة الجزائر حيث طبقت فيها احكام المذهب الحنفي على الجالية
التركية ، كما دلبق المذهب الاباضي على الاباضيين في محاملاتهم مع بعضهم .

وبعد ان تمكن الاستعمار الفرنسي من بسط سيطرته على الاراضي الجزائرية بادرت الدولة الفرنسية الى الحمل على احكام نظامها القانوني فاوقعت الاعمال باحكام الشريعة الاسلامية واحلت محلها نظمها وقوانينها الوضعية ، باستثناء بعض الاحكام التي كانت تمسك الجزائريين بها شديدا ، خصوصا تلك التي تتعلق بالاسرة التي بقيت احكامها تستمد من الشريعة الاسلامية ، اذ كان يفصل فيها وفق مذهب الامام مالك بمعرفة قضاة من المسلمين .

وحتى عندما اراد الاستعمار الاستثناء بولاية القضاء ، فانه اضطر الى تعيين قضاة فرنسيين الى جانب القضاة الجزائريين فيما يتعلق بقضاء الاحوال الشخصية⁽¹⁾ . وبعد ذلك بدأت الادارة الفرنسية في اصدار تشريعات محدودة تنظم بعض مسائل الاحوال الشخصية ، كتشريع احكام الاهلية والوصاية ، وقانون 1957/7/11 الذي ينظم احكام الخائب والمفقود ، والامروم 274/59 الصادر في 1959/2/4 ينظم بعض احكام الزواج والطلاق والنفقة والحضانة .

(1) محمد الحسين حنفي ، تقنيات الاحوال الشخصية في الجزائر ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - ص 168 سنة 1974 عدد 2 .

والمرسوم رقم 1082/59 الصادر في 17/9/1959 بلائحة
تطبيق الامر رقم 274/59 المشار اليه . واستمر العمل بذلك الى
الاستقلال ، اين شرعت الحكومة في اصدار التشريعات المنظمة للإدارة و
المعاملات وارجى النظر في اصدار قانون ينظم الاسرة لحين استكمال
الهيكل القانوني ، حيث صدر قانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ
الموافق لـ 9 يونيو 1984 ، المتضمن لقانون الاسرة ، عالج فيه المشروع
احكام الزواج وما يتعلق به من نسب ، والطلاق وما يتعلق به من نفقة
وعدة ، والنيابة الشرعية والولاية و الوصاية والتقديم والحجر والمفقود
والخائب والكفالة ، واحكام الميراث وقسمة التركات و احكام التبرعات
كالهبة والوقف ، فكان هذا القانون منظم للأسرة .

والمشروع الجزائي كما ستظهره الدراسة لم يلتزم السير على مذهب
الامام مالك باعتبار المذهب السائد ، في عدة مسائل كما ستظهره
الدراسة ومنها على سبيل المثال لا الحصر مسألة الشرط .

دليل البحث :

نظرا لكون التقنين لم يلتزم بمذهب واحد من المذاهب الاسلامية ، اذ لو سار على واحد منها لكان هو المذهب المالكي باعتباره المذهب المطبق في بلدان المغرب العربي ، فهو قد التزمه في مسائل وافترق عنه في اخرى ، الامر الذي يوحي بان المشروع اراد التحرر من التقيد بمذهب واحد في جميع جزئياته ، ذلك ان المذهب الواحد لا يتناول كل جوانب المسائل ، وجزئياتها ، مما يستوجب الاستناد بمذهب اخر من اجل تحقيق التيسير ورفع الحرج .

وبناء على ذلك سوف يعتمد البحث على الدراسة المقارنة بين القانون من جهة ، و المذاهب الاربعة في بعض المسائل التي تجب المقارنة فيها .

مصادر البحث :

لا تقتصر الاشارة الى المصادر فبالاضافة الى اعمدة مصادر الشريعة وهي : كتب تفسير القرآن وعلومه ، فقد اعتمدت بالمراجع الخاصة باهل السنة ، الظاهرية والزيدية بقدر ما تدعو اليه المقارنة ، واضحا في الاعتبار دائما ما تناوله مذهب الامام مالك من مراجع ، بصفته المذهب السائد

في الجزأ ثر ، وسيروا على مناهج الباحثين في علوم الشريعة ، ذكرت المراجع العامة التي استفدت منها بصرف النظر عن الإشارة اليها في الهوامش ، وهي الاصول العامة لفقه الشريعة كمراجع اصول الفقه . كما اعتمدت على كتب التراجم التي رجعت اليها فيما يتعلق ببعض الوقائع و **اللائحة** . و ختمت البحث بالمراجع و الكتب الفقهية الحديثة عامها و خاصها ، بالإضافة الى صحاح اللغة العربية و المجلات القانونية واحكام القضاء .

خاتمة البحث :

تبعا لما تقدم قسمت البحث الى فصل تمهيدي و بابين .
 الفصل التمهيدي تناولت فيه تعريف الطلاق و انواعه ، ثم التحصف و ادلة المتعطل و موقف كل من الفقه و القانون منها .
 الباب الاول : خصصته لفرق الطلاق و قسمته الى ثلاثة فصول .
 الفصل الاول : خصصته للضرر ، الفصل الثاني للفرقة لعدم الاتفاق اما الفصل الثالث فتناولت فيه الفرق التي لا تتوقف على القضاء .
 الباب الثاني : خصصته لفرق الفسخ و قسمته ايضا الى ثلاثة فصول :
 تناولت في الاول : الفرق بين الطلاق و الفسخ و الثاني الفسخ القضائي اما الثالث فقد خصصته للفرقة بسبب اللعان .

الفصل التمهيدى

فصل في المصطلحات

تصريف الطلاق وأنواعه

الفرق في اللغة جمع مفردة كخرف وغرفة ، و الفرة الاسم من فارقة مفارقة وفراقا وهو من الافتراق عند الاجتماع⁽¹⁾ . و فرق النكاح ما تنحل به عتده فينقطع بها ما بين الزوجين من علاقة زوجية⁽²⁾ . فهي كما تطلق على الاثر تطلق على السبب المشروع الموصول الى ذلك ، كتطليق الزوج زوجته ، وظهور ما يقتضي انفساخ الزواج او حكم القاضي به .

و الطلاق لغة : هو الترك او المفارقة ، يقال طلق البلاد اي تركها وفارقها ، و الطالق من الابل الموصول يرعى حيث شاء . و الطالق : الاسير الذي اطلق عنه اساره و خلى سبيله . و طلق امراته تطليقا ، و طلقت بفتح اللام طلاقا فهي طالق و طالقة ايضا .

قال الاخفش : لا يقال طلقت بالضم طلقت زوجها بفتح الطاء

و اللام ، بانث فهي طالق و اطلقها و طلقها فهو رجل مطلق ،

(1) راجع الصحاح في اللغة و العلوم للجوهري ، اعداد و تقديم اسامة

مرفعلي ، ج 2 ص 239 .
(2) راجع الشيخ علي الخفيف ، فرق الزواج في المذاهب الاسلامية ص 1 .

• ورجل مطالب كثير الطلاق⁽¹⁾ .

وفي الاصطلاح الشرعي عرفه الاحناف وجمهور الحنابلة بأنه :

" رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص يصدره المطلق بنفسه أو

بواسطة غيره⁽²⁾ " . ٤٧١٦٧١

فالطلاق تتحل به رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج أو

من قام مقامه حالا أو مآلاً .

ولقد ذهب المالكية إلى القول بأنه : " حل عقدة النكاح " و المشهور

في المذهب أن الطلاق بنوعيه الرجعي و البائن يستوجب تحريم الاستمتاع بالمطلقة
في الحال⁽³⁾ .

و الكلام عن الطلاق يتناول أنواعه و دليله و ما يتصل به ، و على

ذلك ينقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : أنواع الطلاق .

المبحث الثاني : التصسف في الطلاق .

(1) راجع مختار الصحاح لأبي بكر بن عبد القادر الراني ، ص 396 ط 1937

(2) صحيح البخاري ج 9 ، ص 284 . بدائع المنافع في ترتيب الشرائع

لملاي الدين الكساني ج 3 ، ص 88 ، باب الطلاق .

(3) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك على الشرح الصغير

للدردير ، ج 1 ، ص 447 ، فصل الطلاق .

المبحث الاول

انواع الطلاق

يتنوع الطلاق من حيث الاثر المترتب عليه من امكن المطلق
مراجعة مدالته في المدة الى طلاق رجعي و طلاق بائن ، ويتنوع الطلاق
البائن الى بائن بينونة مفسوخ يجوز فيها ان يستأنف الزوجان الحياة الزوجية
بحقد ومهر جديدين . وبائن بينونة كبرى لا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره .

لذلك ينقسم هذا المبحث الى مطلبين :

- المطلب الاول : الطلاق الرجعي
- المطلب الثاني : الطلاق البائن .

المطلب الاول

الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته اثناء

- المدة دون توقف ذلك على رضاها ودون مهر وعقد جديدين .

- وهو الاصل في الطلاق ، وشرطه ان يقع في مدخول بها لقوله تعالى :
- " يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة . . .
 الى قوله تعالى : لعل الله يحدث بعد ذلك امرا .⁽¹⁾"
- وقوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قمر . . . الى قوله
 تعالى : وبحولتهن احق بردهن⁽²⁾ ."
- فقد جعل الله للنزوح حق مراجعة زوجته وردها اليه وهذا
 هو الامساك بالمعروف الوارد في قوله تعالى : " الطلاق مرتان فامساك
 بمعروف او تسريح باحسان⁽³⁾ ."
- ومن السنة طلاق ابن عمر ثم مراجعة زوجته في العدة .⁽⁴⁾

(1) سورة الطلاق الآية 1 .

(2) سورة البقرة ، الآية 22 .

(3) سورة البقرة ، الآية 229 .

(4) صحيح البخاري ج 9 ص 285 .

(1)
شروطه

- 1 - ان يقع في المدخول بها لانه في غير المدخول بها يقع فسخا لا طلاقا
- 2 - ان لا يكون الطلاق مكملًا للثالث او يقع به ثلاث دالقات لانه بذلك يصير بائنا .

- 3 - ان تقع الرجعة في اثناء الحدة ، لان الزوجية في خلالها تعتبر قائمة حكما ، فاذا خرجت من الحدة بانت منه .
- حكمه :

- 1 - بقاء الحل و الملك وما يترتب على ذلك من حقوق وواجبات متبادلة فلها عليه النفقة والكسوة والسكنى ، وله عليها الطاعة والقرار في البيت لان الزوجية باقية حكما فيكون له مخالعتها ولم ان يطلقها ، وان يولي او يظاھر منها او يلاعنها ، وله التمتع بها وهو ما ذهب اليه مالك والشافعي حيث قال : ان الطلاق الرجعي لا ينهي الزوجية في الحال .

- (1) سنن الدارقطني ، ج 4 ، ص 5 و 6 . بلغة السالك ، ج 1 ص 448
المرجع السابق . الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوق عليه ، ج 2
ص 362 . بداية المبتدئ ونهاية المقتصد للإمام ابي الوليد محمد
بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ج 2 ، ص 60 و 61 .

لكنهما يريان بانه يزيل مع ذلك حل التمتع لكل منهما بالاخر خلافا
للأحناف ، وعند المالكية يحرم عليه التمتع بزوجه قبل المراجعة —
بنظرة او بغيرها من رؤية شعر او اختلاؤها ، فلا يكلمها ولا يدخل
عليها ولو كان معها من يحفظها ، ولا ياكل معها ولو كان بنيتها
مراجعتها . ويجوز له رؤية وجهها او كفيها بغير لذة اتفاقا . (1)
لان الزوجية بعد الطلاق الرجعي باقية ولكن لا يستمتع احدهما بالاخر
فان مسها ولم يراجعها فعليه المهر ، ولا حد عليه ولا يحزرا الا اذا
علم تحريم مباشرتها (2) .

و اختلفت الروايات في المذهب الحنبلي ، قيل : ان المطلقة
رجعيا محرمة على مطلقها في أثناء العدة وهذا هو ظاهر كلام الخرقي
كما انه مذهب عطاء بن رباح . وقيل له ان يسافر معها ويخلو بها
ويدلسوها لانها في حكم الزوجات .

(1) راجع الخوشي ، ج 4 ، ص 100 . المفني لابن قدامي ، ج 8 ،

ص 477 .

(2) المذهب لابن اسحق الشرائي الشافعي ج 2 ، ص 110 .

وقيل تحتجب عنه ، وظاهر المذهب انه يباح الاستمتاع⁽¹⁾ بهما

2 — ثبوت التوارث بينهما اثناء الحدة بالاتفاق ، فاذا مات احدهما ورثه الآخر

3 — تحريم الجمع بينهما وبين من لا يجوز ان يتزوجها وهي في عمتها

كاختها وعمتها ، ويسري على هذا الطلاق كافة اسباب التحريم .

4 — عدم حلول المهر الموعود لا قرب الاجلين : الطلاق او الوفاة حتى

تنتهي الحدة دون مراجعتها لا ن الزوجية ما زالت قائمة حكما .

دليل الرجعة :

ورد الدليل على الرجعة في الكتاب والسنة واجماع الفقهاء .

ا — الكتاب :

ورد الدليل في الرجعة في الكتاب في قوله تعالى : " واني طلقتم النساء

فبلغن اجلهن فامسكنهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تصكوهن ضرارا

لتمتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه⁽²⁾ . "

(1) المغنّي ج 8 ص 77 ، المرجع السابق .

(2) سورة البقرة 231 .

وقوله تعالى : " وبحولتهن أحق بردهن في ذلك أن أرادوا إصلاحاً ⁽¹⁾ . "
 والرد هنا المراجعة في المدة لإصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما .

بـ السبعة :

أـ عليه الصلاة والسلام طلق أم المؤمنين حفصة بنت عمر رضي الله عنها
 ثم راجعها ، وأنه أمر عبد الله بن عمر بمراجعة زوجته حين طلقها
 وهي حائض ⁽²⁾ .

جـ أجمع الفقهاء :

أجمع الفقهاء على مشروعية الرجعة لأنها استدانة لملك النكاح القائم بلا
 عوض ومنحاله من الزوال ، وفسخ السبب المتعقد لزوال الملك كما يرى
 الأحناف ⁽³⁾ . وهي عند المالكية تحود الزوجة المدالقة بخير تجديد عقد

(1) سورة البقرة ، الآية 228 .

(2) راجع سنن النساء ، ج 6 ، 213 .

(3) راجع البدائع للكسائي ، ج 3 ، ص 90 ، المرجع السابق .

والرجعة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء⁽¹⁾ .

اما عند مضي الحدة فان الزوج لا يملك مراجعة زوجته لقوله تعالى :
" واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن
اذا تراضوا بينهم بالمعروف⁽²⁾ . " فالآية تدل على نهي الاولياء عن حصر
الزوجات عن النكاح بعد الحدة .

(1) المختلي ج 8 ، ص 478 .

(2) سورة البقرة ، الآية 232 .

المطلب الثاني

الطلاق البائن

الطلاق البائن هو الذي لا يملك الزوج فيه مراجعة مدلقته لا في الحدة ولا بعدها الا بحقد ومهر جديدين⁽¹⁾.

و الطلاق البائن نوعان :

١- بائن بينونة صغرى كالطلاق قبل الدخول الحقيقي ولو بعد الخلوة ، لقوله تعالى : " يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم دلقتن من قبل ان تصوهن ، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتوهن و سرحوهن سراحا جميلا⁽²⁾ . "

فلاية تدل على انه لا عدة في طلاق قبل المسهل تمتع

و تسرح دون الامساك ، فلا يصح مراجعتها بخير رضاها .

اما في ذوات العدد فالمدلق بالخيار بالامساك بالمحروف

(1) راجع البدائع للكسائي ، ج 3 ، ص 187 . المنتقى شرح

المعجم ، ص 13 .

وما بعدها . تحفة الحكام لابي الحسن عبد السلام التسولي ج 1 ، ص 341 .

(2) سورة الاحزاب ، الاية 49 .

او التسريح باحسان لقوله تعالى : " واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن
فامسكوهن بمعروف او فارقهن بمعروف " (1).

اما الطلاق البائن بينونة كبرى فهو الطلاق الذي لا يمكن
للزوج بحده مراجعة زوجته الا بعد ان تنكح زوجا غيره .
والطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها عند الخوف
من اقامة حدود الله لقوله تعالى : " فان خفتن الا يقيمها حدود الله
فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (2). فالآية تدل على رفع الجناح عن
الزوجة في دفع عوض من المال لتفتدي به نظير طلاقه ايها ، وبذلك
تملك امرها ، ولا يكون للنزوج مراجعتها بخير رضاها او بدون عقد و مهر
جديدين .

(1) سورة الطلاق الآية رقم 2 .

(2) سورة البقرة ، الآية 229 .

الاحكام التي تترتب على الدلاق البائن بنوعيه :

1-سأه يزىل ملك المتعة بمجرد صدورره و يرفع الحل في الحال و تزال بالتالي
حقوق الزوج على زوجته فيما عدا حق البقاء في منزل الزوجية طوال
مدة العدة ، و يستوي في ذلك كونها حاملا او حائلا ، و حق الاستقرار
في منزل الزوجية يحد من حقوق الله تعالى ، فيمتنع على الزوج التنازل
عنه .

ولا يبقى من حقوق الزوجة على زوجها سوى حق النفقة بعناصرها
و هو ما قال به امير المؤمنين عمر بن الخطاب ، و ما اخذ به مذهب
الحنفية و الزيدية ، و عمر بن عبد العزيز ، خلافا للمذاهب الثلاثة ، حيث
يرون و جوب النفقة لها في الحال ، ان كانت حاملا ولا يجب لها الا
السكن ان كانت حائلا ، و يستندون في ذلك للنص الوارد في قوله تعالى :
" و ان كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن " (1) و قيل :
لا يجب لها حق السكنى و هو المروي عن ابن عباس و جماعة من التابعين ،

(1) سورة الدلاق ، الاية 6 .

و هو رواية عن احمد ووجه ذلك عندهم ما ورد في حديث فاطمة بنت قيس
عندما دلقها زوجها البتة فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لها : " لا سكنى لك ولا نفقة " ⁽¹⁾

وفي المحلى لا بن حزم : لها ان تعتد في اي بيت شاعت
لان العدة لا تجب في بيت الزوجية عنده ، خلافا للمعتدة من دلاق
رجعي لاقتصار النص عليها ⁽²⁾ . و هو رأي يسائر عليه الحمل الآن ،
والاجدر ان يؤخذ به .

2 - انه بهذا يحل موخر المداق ، ان كان موعجلا الى اقرب الاجلين
وجوبا ، الدلاق او الهلاك .

3 - ان النوعين يشتركان في كون ما يملكه الزوج على زوجته من عدد
الطلاقات فيحسب مما يملكه الزوج عليها من الطلاقات .

4 - انه يمنع التوارث بينهما فيما عدا طلاق المريض مرض الموت بخير
رضاها لان هذا النوع من الطلاق هو طلاق الفار و بالتالي يحامل
ببقيض مقصوده .

(1) الشرح الكبير للحدود رديرو الدسوقي عليه ، الجزء الثاني ص 155 ،
المهذب ج 2 ص 176 ، المغني ج 3 ص 500 .
(2) المحلى لابن حزم الجزء 10 ، ص 282 .

5 - انه يزول الحل اذا كان مكملًا للثلاث ، فلا يجوز للزوج ان يعقد على
مطلته الا بعد ان تنكح غيره ، في عقد نكاح صحيح ويدخل بها دخولا
حقيقيا ويحاسبها ثم يفارقها بسبب من اسباب الفرقة او يهلك عندها ،
ثم تعد عدة الطلاق او الوفاة ويعقد عليها الاول ، وذلك لقوله تعالى :
" فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فان طلقها
فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله . " ⁽¹⁾ فدل
النص بالاجماع على ان الدبراد الحلقة الثالثة والتي بوقوعها لا تحل له
حتى تنكح زوجا غيره وذلك لحديثه صلى الله عليه وسلم :
" حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك . "

(1) سورة البقرة ، الآية رقم 230 .

المبحث الثاني

التمسك في الطلاق.

نصت المادة 52 من قانون الأسرة على أنه : " إذا تبين للقاضي

تمسك الزوج حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم بها . " و موعدي

النصران الطلاق المستوجب للتعويض هو الطلاق الواقع بدون رضا الزوجة

و هذا التعويض يصرفه الفقهاء بالمتعة .

و المستقر عليه شرعا ان الطلاق حقا للزوج ، ويقع (عموما) بإرادته

المفردة ، و ان المرأة قد استوفت مهرها كله بالدخول او المعجل عنه و يحل

المؤخر بالفرقة بطلاق او هلاك .

و المصلحة شرعا ان لها نفقة الحدة بالاتفاق ، و قد قصد المشرع

الجزائي بهذا النص تقرير المتعة للمطالبة اذا انقطع حبس المودة بين الزوجين

و كانت المطالبة في حاجة الى معونة اكثر من نفقة الحدة ، تحصيلها من الناحية

المادية على مواجهة المتاعب التي تنجم عن طلاق وقع بدون رضاها و الحال

بينهما مستقيم .

اذا كانت المتعة مقررة للزوجة على هذا الوجه فهي تكبح جماح الزوج

و تحول دون تسرع في الطلاق ، و الاصل في وجوب المتعة : الكتاب و السنة

و عمل الصحابة و مذاهب الفقهاء ، بذلك ينقسم المبحث الى ثلاث مطالب :

نتناول في الاول : ادلة وجوب المتعة ، في الثاني موقف الفقه و الثالث موقف

الثالثون .

المطالب الاول

ادلة المتعة

1- الكتاب: قوله تعالى: " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المطلقين ⁽¹⁾ " و اوضح ان الآية عامة في كل المطلقات .

وقوله تعالى: " لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعهوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المتقين ⁽²⁾ " وفي الآية دليل على اعطاء المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهرا . وقوله تعالى: يا ايها النبي قل لا تواجدك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتحالين امتهكن واسرجن سراجا جميلا ⁽³⁾ .

وقد ذهب علماء التفسير الى القول بان الله عز وجل قد

امر النبي عليه الصلاة والسلام بين ان يفارقهن ويمتعهن ان كن

(1) سورة البقرة ، الآية 241 .

(2) سورة البقرة ، الآية 236 .

(3) سورة الاحزاب ، الآية 22 .

لا يصبرن على ما عنده من عدم سعة المعيش وبسطه ، او ان يصبرن
ان كن يردن الله ورسوله ⁽¹⁾ والدار الآخرة . فان لم يصبرن ⁽²⁾ ~~فلا يصبرن~~
على الله عليه وسلم امر بان يمتحنن بما اوجب الله على الرجال
للنساء من المتعة عند فراقهم اياهن بالطلاق ⁽²⁾ .

وكان عنده عليه الصلاة والسلام يومئذ تسع نسوة ⁽³⁾
خيرهن فاخترن الله ورسوله والدار الآخرة . وقوله تعالى :
" يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان
تمسنوهن فما عليكم عليهن من عدة تعتدوهن فمتحومن و سرحوهن سراحا
جميلا ⁽⁴⁾ . فقد امر الله تعالى الذين آمنوا باعطاء المتعة للمفقود عليهن
التي ملقت قبل الدخول وقبل ان يسمى لها مهرا .

(1) ابن كثير ج 6 ص 401 و 403 .

(2) الطهري ج 21 ، ص 155 و 156 .

(3) الطهري ج 21 ، ص 156 و 158 .

(4) سورة الاحزاب الآية 43 .

بـ السنة : أنه عليه الصلاة والسلام : " تزوج أمية بنت شرحبيل

فلما ادخلت عليه بسدر يده اليها فكانها كوهت ذلك ، فامراسيد ان
يجهزها ويكسوها ثوبين رازقين⁽¹⁾ .

وقد ورد في الاثر ان الصحابي الجليل عبد الرحمان بن عوف
رضي الله عنه طلق امراته فمتعها بوليد⁽²⁾ . وان سبط رسول الله الحسن
بن علي رضي الله عنهما طلق امراته عائشة الخثعمية ، فمتعها بعشرة آلاف
درهم ، فقالت : " متاع قليل من حبيب مفارق⁽³⁾ " . فندم على طلاقها ثلاثا وقال :
" لولا اني ابنت المطلق لنها لراجعتها . "

(1) راجع صحيح البخاري ، كتاب الطلاق .

، والرازية هي : ثياب من الكتان الابيض .

وابواسيد : وهو مالك بن ربيعة انصاري .

وقد جاء في بعض الروايات ان التي طلقها عليه الصلاة والسلام هي عمرة بنت
يزيد الجونية وامراسمة بن يزيد اوانس بن مالك فمتعها بثلاث اثواب وزقية
راجع في ذلك سنن ابن ماجا ، كتاب الطلاق ، اسد الغابة ج 7 ، ص 205 .

(2) راجع الموطاء (كتاب الطلاق باب ما جاء في متعة الطلاق) .

(3) راجع القرطبي ج 3 ، ص 202 ، تفسير . وابن كثير ج 1 ، ص 424 ، تفسير .

ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول لكل مطلق
متعة الا التي تطلق وقد فرض لها صداقا ولم تمس ، فحسبها نصف
ما فرض ل(1) ، وهذا استثناء نصت عليه الآية 227 من سورة البقرة .

المطلب الثاني

موقف الفقه

ذهب الامام مالك الى القول بان المعلقة المدخول بها والمسمى لها يجب
لها المتعة اذا طلقت ، لكن زوجها لا يجبر على المتعة (2) .

واضح ان الامام مالك اوجب المتعة على الزوج ديانة لا قضاء ،
بمعنى انه اذا امتنع عن اعطائها المتعة فقد اثم ، وعنده : ليس للمتي
طلقت ولم يدخل بها اذا كان قد سمى لها صداق متعة ولا للمبارئة
ولا للمفتدية ولا للمصالحة وللملاعنة متعة ، كان قد دخل بها ام لا ،
وقال : وراي اهل العلم في المفتدية والمصالحة والمبارئة ان حين لم يطلقها

(1) راجع الموطاء ، كتاب الطلاق ، باب متعة الطلاق .

(2) راجع المدونة الكبرى ج 5 ص 13 .

الا على ان اعطته شيئاً او ابراته ... فكانها اشترت منه الطلاق وخرجت منه
بالذي اعطته ، فلا يكون عليه المتاع⁽¹⁾ .

وفي قول مالك : ان المتعة لها مطلق الا التي سمي لها صداق
فطلقها قبل ان يدخل بها ، فلا متعة لها ، وهي التي استثنيت بنص الآية
في قوله تعالى : " وان طلقتموهن قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن
فريضة فنفوا ما فرضتم⁽²⁾ " .

و يتبين من سرد اقوال الامام مالك :

1 - ان المطلق بعد الدخول وقد سمي لها الصداق ، لها المتعة بنص
الكتاب لقوله تعالى : " و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين⁽³⁾ " .
فجعل المتاع على المطلقات كلهن المدخول بهن وغير المدخول بهن و
اخرج غير المدخول بهن بما استثنى بالنص في قوله تعالى :

(1) المدونة الكبرى جـ 5 ، ص 14 .

(2) سورة البقرة ، الآية 237 .

(3) سورة البقرة ، الآية 241 .

"وان بالتموهن قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة" فلم يجحل لهن المتاع⁽¹⁾.

2 — ان وجوب المتعة ديانة لا قضاء كما يقول مالك : " انما خفف عندي في المتعة ولم يجبر عليها المطلق في القضاء في رأي ، لاني اسمح الله يقول : "حقا على المتعين⁽²⁾ ". ويقول : "حقا على المحسنين " ،
فلذلك خفت لان : " " الزواج اذا كان غير متق ولا محسن فليس عليه شيء⁽⁴⁾ " .

اما المداقة المدخول بها ولم يسم لها صداق في الحقد ،
(5)
فالرواية عن مالك ان : لها صداق مثلها ولها المتعة .

واضح مما تقدم ان المتعة واجبة على المطلق ويجبره الحاكم على ادائها والامر في تقريرها موكل الى قاضي الموضوع ، تبعا لظروف المداق ومراعاة لحادات الناس واعرافهم .

(1) راجع المدونة الكبرى ج 5 ، ص 13 .

(2) سورة البقرة ، الاية 185 .

(3) سورة البقرة ، الاية 236 .

(4) المدونة الكبرى ج 5 ، ص 15 .

(5) المدونة الكبرى ج 5 ، ص 14 .

المطلب الثالث موقف القانون

لم يرد في قانون الأسرة نص يشير إلى متعة المطلقة بل أشار إلى
التصنف في الطلاق ، والأجدر بالمشرع أن ينص على المتعة في هذا
المجال لا على التصنف لما في هذا الأخير من عدم الدقة ، وليس معنى
ذلك أن مصطلح التصنف قريب من فقه الشريعة الإسلامية ، بل الصحيح
أن قاعدة التصنف في استعمال الحق ، سبق إليها التشريع الإسلامي باقي
التشريعات الأخرى منذ عصر الرسالة ، وكان لمحرمين الخطاب رضي الله
عنه تحابيات كثيرة كان لها وزنها في الفقه وهذا باعتراف كثير من المفكرين
الخريجين حيث يقولون بأن النظريات الحديثة التي يسير عليها الفقه الغربي
كانت معروفة عند فقهاء مسلمين من قبل بقرون : كنظرية استكمال
الحق ونسبية الحقوق في الإسلام ، لذلك أرى استبدال مصطلح التصنف
بالمتعة ، خصوصا وأن القانون يستقي أحكامه هنا في قانون الأسرة وفقا
لأحكام الشريعة الإسلامية .

الباب الأول

الفرق الطلاق

تمهيد وتقسيم:

فرق الدلاق هي الفرق التي تقع بحكم القاضي عندما ترفع الزوجة الامر اليه طالبة التذليق لوقوع ضرر الحق بها ، ورفع الضرر مطلوب شرعا لحديثه صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " . ومع ذلك لا تقع كل فرق الطلاق في جميع الأحوال بأمر القاضي ، فقد ينفق الزوجان على الفرقة كما في الطلاق على مال .

والفرقة التي يوقعها القاضي في أغلب الأحوال طليقة بائنة تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

وتكون الفرقة بحكم القاضي في حالة الضرر الواقع على الزوجة سواء كان هذا الضرر من جانب الزوج أو كان عن شقاق بينهما .

وقد يكون الضرر الواقع على الزوجة لا يد للزوج فيه ومع ذلك بين المالكية : أن مجرد ضرر الزوجة مسوئ لطلبها التذليق اذا لجأت الى المحاكم ، وقد تكون الفرقة بافتداء الزوجة نفسها على مال تدفعه للزوج تمويضا له عما تكبده من مال في زواجه فتقع الفرقة باتفاق الزوجين ، وعلى ذلك ينقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول :

— الفصل الاول : الفرقة للضرر الواقع على الزوجة .

— الفصل الثاني : الفرقة لعدم الانفاق .

— الفصل الثالث : الفرق التي لا تتوقف على القضاء .

المبحث الاول

اضرار الزوجية

من المقرر في مذهب مالك انه يجوز للزوجة لتطبيق للضرر - خلافا

للجمهور - لو لم تقم البيئة بتكراره ، فيكفي حصوله ولو مرة واحدة
اذا شهد الشهود ان هذا الزوج يضار زوجته وهي في عصمته فالجمهور
في المذهب انه يثبت لها الخيار فان شاعت اقامت معملى هذه الحالة
ويزجره الحاكم بتعديده وان شاعت طلقت نفسها بدلقه واحدة وذلك
استنادا الى حديثه صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .

ومن الامثلة على الضرر ما يلي : الشتم المقذع الضرب

الموءلم ، تحويل وجهه عنها في الفراش ، اكرامها على محرم ،
هجرها لخير تاديب وهو يقيم معها في البلد او يمنعها من زيارة والديها
بلا سبب (1) .

واذا كان المذهب المالكي قد ذهب الى جواز طلاق الزوجة

من زوجها للضرر لمجرد الاشاعة اليها بالقول او الفعل (2) . فان القضاء قد

استقر على انه حتى يتحين الحكم بالطلاق للضرر يجب توافر شرطين :

- { 1 } راجع الخروشي على مختصر خليل ج 4 ، ص 9 وما بعدها .
{ 2 } الخروشي ج 4 ، ص 9 ، المرجع السابق .

(1)

وهو ما استقر عليه القضاء .

فالشرط في مذهب مالك للحكم بالتأليق للضرر هو ثبوت هذا الأخير بما لا يستطاع معه دوام الحشرة و ان يحجز القاضي عن الاصلاح بين الزوجين .

ولقد اضطردت احكام القضاء في الجزائر بالسير على مذهب

(2)

مالك فيما يتعلق بتطبيق الزوجة للضرر . فيستخلص من حكم صادر من المجلس

الاعلى ان المحكمة لها ان تقضي بالطلاق باسائة الزوج وذلك في قرار للمجلس الاعلى يحمل رقم 37 بتاريخ 1982/2/8 (فرقة الاحوال الشخصية)

مع العلم بان الحكم لم يتعرض لنوع الاسائة مما يعني ان كافة انواع

الاسائة التي نربها المذهب المالكي تصلح سببا للتفريق بين الزوجين .

(1) (اوجه الضرر ومسبباته تتباين بدورها بتباين دواع الناس وعاداتهم و تقاليدهم و مستقيم في الحياة ، فالزائد والمتعبد يضار اشد الضرر من مباشرة مستهتر عرييد كبير بحيث اذا اجبر على ذلك كانت حياته جحيما لا يطاق . والحافظ المتمسك باحكام دينه يصبح في عسر من امره ان هو ارفم على مباشرة مستهتر بالقيم الخلقية والمقاييس التي تتخلق بالشرف والتأليد والنفس لا تسكن الا لمثلها وقرينها ولا يمكن ان يفرض عليها بشر ينافرها طبيعة و طبعها و يغايروها تقديرا للامور وذلك حفاظا على ما يعتبر من المقومات التي لا تمس (استئناف مصري 1965/2/21 رقم 83 س 81 ق) .

(2) الشرح الكبير للدرديري ج 2 ، ص 43 وما بعدها .

الاول : ان يقع هذا الضرر او الاذى من الزوج دون الزوجة .

الثاني : ان تصبح المشقة بين الزوجين مستحيلة بين امثالهما .

ويجب على القاضي ان يحصل على الاصلاح بين الزوجين قبل

الفصل في الدعوى .

اولا : الضرر او الاساءة :

ذهب المالكية الى ان الضرر يتحقق اذا ولى الزوج وجهه عن زوجته وهذا

ادنى درجات الضرر فيصير ضررا كل اذى من الزوج لزوجته بالقول او الفعل

اذا لا يليق بمثلها ، و الايذاء بالقول مثل السب والقذف والتشهير⁽¹⁾

اما الايذاء بالفعل فمثاله الضرب وتهديد منقولاتها وسرقة مالها ،

والقاضي مستقل في تقدير عناصر الضرر ولا محق عليه في ذلك .

ثانيا : استحالة المشقة بين امثالهما :

يختلف الضرر باختلاف البيئة والثقافة والمكانة الاجتماعية للزوجة ، فما

يعتبر ضررا للزوجة في بيئة معينة قد لا يعتبر بهذا الوصف للزوجة في بيئة

اخرى تختلف عنها في الثقافة والمكانة الاجتماعية ولا يحد وان يكون

من المنازعات البسيطة التي لا تؤثر على حياتها الزوجية

(1) الخروشي ج 4 ص 10 .

وقد تأكد ذلك في حكم آخر خلص المجلس الأعلى من خلال
الوقائع بعدم استقرار الحياة الزوجية بين الطرفين للضرر والاسامة
(قرار رقم 36 جلسة 1982/2/3) غرفة الاحوال الشخصية .

ويستخلص من احكام القضاء الجزائري ان المجلس الأعلى مستقر
على انه يجوز للزوجة ان تدّلب التلّيق للضرر اذا استحالت العشرة
بينها وبين زوجها و القاضي يستقل بتقدير عناصر هذا الضرر .

كما ان احكام القضاء المصري متواترة في هذا الصدد ومنها
على سبيل المثال الهجر في المضجع ونشوء النفور بسبب هذا الهجر
بحيث لا يكون للزوجة مدخل في هذا الهجر .

(نقض مصري طعن رقم 3 سنة 43 ق جلسة 1975/11/19) .

ان ياتيها في موضع فير موضع الحرث لا ن هذا يشكل ضررا لا تستقيم به
الحياة الزوجية و يوجب التفريق بينهما انزالا لحكم الآية الكريمة : " فاذا
تظاهروا فأتوهن من حيث أمركم الله . " (1)

(1) سورة البقرة : الآية 222 .

موقف القانون :

نصت المادة 53 / 6 من قانون الأسرة الجزائري على انه : يجوز للزوجة ان تطالب بالتفريق للأسباب التالية :
(كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما اذا نجم عن مخالفة الاحكام الواردة في المادة 3 و 37 اعلاه .).

ويستفاد من النص المذكور انه قد اعدلى القاضي سلطة تقديرية في اعتبار ما يراه ضررا يستوجب التفريق ، وذلك في غير ما ورد في المادتين 3 و 37 . في شأن الطلاق لتحديد الزوجات وعدم الاتفاق على تفصيل يأتي في موضعه .

ومما يفاة المادة (كل ضرر معتبر شرعا) توحى بان الشارع قد وسع من نطاق الضرر الموجب للتفريق ، و اوكل للقضاء ليستش بتقدير الضرر كما هو الحال في القضاء المصيري ليكون القاضي في سعة من الامر بالآخذ بالمعيار الشخصي في تقدير الضرر وتحديد عناصره

(1) المادة 3 من قانون الأسرة الجزائري : " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروطه و نية العدل و يتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة و لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش و المطالبة بالتفريق في حالة عدم الرضا =

انزالا لحديثه صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار" .
ومذهب الشارع الجزائري يسير في هذا الممدد على مذهب فقهاء
المالكية في التوسيع في وصف الضرر ابتداءً من تولية وجهه عنها في
الفراش وانتهاه بالضرب او القول المذع الذي قد يجاوز في ايذائه
الضرب المبرح في مثل ثقافتها ودايقتها دليلاً لحديث " لا ضرر ولا
ضرار" وهو ما سار عليه القضاء الجزائري والمصري في احكامهما
المشار اليها ، و الحلاق هنا طلاق بائن ،

= و تتم المادة 57 من نفس القانون على انه : " يجب على الزوج
بحوزوجه :

- 1 ... النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها .
- 2 ... العدل في حالة الزواج باكثر من واحدة " .

المبحث الثاني

الشقاق بين الزوجين .

ان بناء الاسرة في مجتمع سليم يتطلب الالفة و المودة بين الزوجين و ان ما يربط بينهما ليس عقدا فحسب بل هو رباط تنشاء عنه حقوق و واجبات متبادلة لكلا الطرفين ، و النصوص القرآنية التي تدل على ذلك كثيرة منها : " و جعل بينكم مودة ورحمة " (1) ، و قوله تعالى :
 " و من آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها و جعل بينكم مودة ورحمة " (2) . كما ورد في السنة قوله صلى الله عليه وسلم : " لو امرت ان يسجد احد لخير الله لا امرت الزوجة ان تسجد لزوجها " (3) .

هذا هو قوام الاسرة وفقا لنصوص القران و السنة ، غير ان هذه الالفة و المودة التي تحدثنا عليها مبادئ الشريعة الاسلامية قد لا تتوفر في كل اسرة فيدخل الى الزوجين الشقاق وذلك ما عالجهم الله سبحانه و تعالى :
 " و ان خفتن شقاقا بينهما فابحثوا حكما من اهله و حكما من اهلها ان يريد اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا " (4) . و قد جاء النص القرآني عقب قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا من اموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله و اللاتي تخافون نشوزهن فعصوهن و امسروهن في المضاجع . . .

(1) سورة الروم ، من الآية 21 .

(2) سورة الروم ، نفس الآية السابقة .

(3) ابو حامد الغزالي ، احياء علوم الدين ج 4 ، ص 746 .

(4) سورة النساء ، الآية 35 .

و اذريوهم فان اطلعكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ان الله كان عليما كبيرا ⁽¹⁾ "
 فالنص القرآني الوارد قبل نص بحث الحكمين يعالج حالة النفور و التشوز
 من الزوجة ، اما النص الثاني فهو يعالج حالة شقاق بين الزوجين لقوله
 تعالى : " وان خفتم شقاقا بينهما فابحثوا حكما من اهلهم و حكما من اهلها "
 و الخلل هنا موجه لا هل الحل و الحق في الامة و هم الحكماء و الامراء ⁽²⁾
 او جماعة المسلمين او الاولياء و الاقارب و يامرهم بمجرد العلم او الظن
 بالشتاق بينهما ان يبحثوا حكما من اهلهم و حكما من اهلها ⁽³⁾ .
 و قال الامام الفخر الرازي للشتاق محبان : ⁽⁴⁾
 احدهما ان كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه .
 الثاني : ان كل واحد منهما صار في شق بالعداوة و المباينة .

(1) سورة النمل ، الاية 34 .

(2) القرايبي تفسير ج 5 ، ص 175 مواهب الجليل ج 4 ، ص 16 .

(3) الفخر الرازي ، تفسير ج 10 ، ص 92 ، ابن كثير ج 1 ، ص 493 .

(4) الفخر الرازي ج 10 ، ص 92 المرجع السابق .

ولبحث الحكمين فائدة تتمثل في ازالة الشقاق بينهما بالا صلاح بين
الزوجين او التفريق بينهما والدليل على ذلك ما فعله الصحابة حيث
ان عقيل بن ابي طالب رضي الله عنه تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة
فقال : تصير الي وانفك عليك ، فكان اذا دخل عليها قالت اين
عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة ؟ فقال لها : على يسارك في النار
اذا دخلت فشدت عليها ثيابها ورفعت امرها الى الخليفة عثمان بن
عفان رضي الله عنه فذكرت له ذلك فشحك وقام بارسال عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما ومعاوية بن ابي سفيان ، فقال بن عباس : لا فرق
بينهما فقال معاوية : ما كنت لا فرق بين شيخين من بني عبد مناف .
(1)
فاتاهما فوجداهما قد افلعا عليهما ابوابهما فرجما .

وان امير المؤمنين علي ابن ابي طالب جامته امرأة وزوجها
مع كل واحد منهما فتنام من الناس فاخرج هو لاه حكما وهو لاه حكما ،

(1) راجع تفسير ابن كثير ج 1 ، ص 493 .

فقال للحكمين : اتدريان ما عليكما ؟

ان عليكما ان رايكما ان تجمعا جمعتما . فقالت المرأة : رضيت الله
لي وعلي ، وقال الزوج اما الفرة فلا . فقال علي : كذبت والله لا
تبرح حتى ترضى بكتاب الله عزوجل لك وعليك . وقد اجمع الحلمان على
ان للحكمين الجمع والفرقة .⁽¹⁾

موقف القانون :

نصت المادة 56 من قانون الاسرة الجزائي على انه : " اذا اشتهد
الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين الحكمين للتوفيق بينهما "
كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على ان : " يحين القاضي الحكمين
حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة وعلى هذين الحكمين ان يقدم
تقريراً عن مهمتهما . "

(1) ابن كثير ج 1، ص 498 .

صفة الحكّمين :

- هما حكمان عليهما ان يصلحا بين الزوجين ما رآيا الى ذلك وسيلة ⁽¹⁾ .
- فاذا تذر الاصلاح بينهما تحمين عليهما ان يحكما بالفراق بينهما ويكون ذلك بحضور او بخير عوض حسب الاحوال بمصرف النظر عن رضا الزوجين ودليل ذلك :
- 1 - ان الله تعالى سماهما حكّمين و الحكم غير الوكيل .
 - 2 - ان الخلل في الآية الكريمة موجه لولي الامر من المسلمين او جماعتهم وهو لا يتحقق لهم - وفقا لاصول السياسة الشرعية - سلطة الولاية فجاز ان يوكلوا من يقوم بها .

شروط الحكّمين :

لم يرد في قانون الاسرة الجزائي نص يبين شروط الحكّمين وعلى ذلك يجب الرجوع طبقا للمادة 222 من قانون الاسرة الى مبادئ الشريعة الاسلامية حيث اشترط المالكية كما قال الباجي ⁽²⁾ . شروط صحة كونها حكّمين :

الاسلام والبلوغ والحرية والذكورية والعدالة ⁽³⁾ .

وقال ابو البركات احمد الدردير : " وصحتها العدالة فلا يصح حكم غير العدل سواء حكم بالطلاق او الابقاء او بقال او غير العدل صبي او مجنون او فاسق .

(1) راجع الشيخ علي الخفيف ص 306 .

(2) ابو الوليد سليمان بن خلف الاندلسي ولد في باجة بالاندلس (403 هـ -

474 هـ) ، صاحب المفتى في شرح موطأ و شرح المدونة .

(3) مواهب الجليل ج 4 ، ص 16 .

واشترط الذكورة وفلا يصح حكم النساء والرشد ، فلا يصح حكم السفه ، كما لا يصح حكم الجاهل بما ولي فيه .⁽¹⁾ هذا هو مذهب المالكية في شروط الحكمين حيث يشترط لديهم : الاسلام والبلوغ والحرية والحدالة والذكورة .

مهمة الحكمين :

اشترط القانون لبحث الحكمين اشتداد الخصام بين الزوجين وهو شرط لم يذهب اليه علماء المالكية لان المناط في ضرر الزوجة عندهم هو مجرد الاساءة التي لا تطبق بامثالها ولا تصبر عليها بحيث تعتبر في الحرف معاملة شاذة بنا لا يستطاع العشرة بين امثالها . وهذا الشرط الذي اشترطه القانون يستند الى المصلحة ويتفق مع قواعد فقه الشريعة التي تسعى الى توثيق الروابط الاسرية لمصلحة الولد ، وليس فيه مصادمة لروابط فقهية .

ويمكن القول انه في حالة اثناء الزوجة وتوقع ضرر عليها من زوجها وعجزها عن اثبات دعواها بالبينة من رجلين ، ولو على مجرد السماع الشائع المستفيض بين الرجال والنساء بسبب الزوج زوجته او ضررها على المشهور في المذهب المالكي فترفض دعواها ، ولكن اذا تكررت شكواها وعجزت عن اثباتها واصرت على التفريق يبحث القاضي حكمين : احدهما من اهلها والاخر من اهل الزوج ، فان لم يوجد في اهل كل منهما بحث حكمين اجنبيين وان كان النص لم يصرح بحكمين اجنبيين عند عدم وجود أيهما من اهلها .

(1) الشرح الصغير ج 2 ص 512 .

فالمصلحة تقتضي ذلك ، ومتى ثبت عدم وجود حكم من اهلها فعليه ان يبحث
با لحكمين الاجنبيين بصرف النظر عن وجود حكم من اهل احدهما درءاً للميل والموت
و يجوز في المذهب المالكي بحث الحكمين بمجرد شكوى الزوجة بادعاء التبر
الواقع عليها من زوجها وهذا متفق مع النص القرآني .

ويشرع الحكمان بالتوفيق بين الزوجين بعد بحث و تحري اسباب الخلاف فان
ظهر لهما اسباب الخلاف و ثبت وقوع الاساءة من الزوج طلقاً عليه طلاقاً واحدة بائنة وبلا
عوض . (1) واذا تبين لهما ان الاساءة من الزوجة فليسما الخيار بين الابقاء على الحياة
الزوجية ان رأيا في ابقائها سبيلاً و يأمرا الزوج بالصبر وحسن الممارسة لقوله تعالى :
" ان يريدوا اصلاحاً يوفق الله بينهما " . (2) او يخالعاها منه بحوض مالي يتفقا على تقدير
قيمته ولو جاوز المداق . (3) وذلك طبقاً لدلالة الكريمة : " ولا يحل لكم ان تأخذوا مما
اتيتهمون شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح
عليهما فيما افتدت به " . (4)

(1) راجع المدونة الكبرى ج 5 و ص 51 . شرح الصغير ج 3 ، ص 514 .

(2) سورة النساء ، الآية 35 .

(3) وهو مذهب مالك كما سيأتي في الخلع واخذ به القانون .

(4) سورة البقرة ، الآية 229 .

وتد ايدت السنة ذلك في قضاءه عليه الصلاة والسلام بفراق ثابت بن
قيس لزوجته على مال . واجاز الجمهور اخذ الدية على الطلاق ، كما اجمعوا على
حظر اخذ مالها الا ان يكون الشوز وفساد الحشرة من قبلها .

و اذا ثبت ان الاساءة كانت شائعة بينهما وعجز الحكمان عن الاصلاح بينهما
فلهما التفريق بينهما بلا رسوم او بحوض يتناسب مع نسبة الاساءة منها . وهذا كله
متفق مع مذهب مالك . حيث يقرر المذهب انه : لا ينبغي للحكمين ان ياخذوا من الزوج
شيئا ويدلوا عليه لانه في مقابل الاساءة من الزوج لزوجته يكون الجزاء فيه من الكفاية
بخلها من عصمتها (2) . هذه هي احكام مذهب مالك في الفرقة بين الزوجين للشقاق
بينهما ونسب انه فيما لم يرد به نس يراجع في ذلك لفقه المالكية في هذا الخصوص .

وعلى الحكمين ان يقدموا تقريرهما للقاضي فيحكم هذا الاخير بما حكما لقوله :
" حكمت بما حكمتا به " ولو خالف ذلك مذهب . واحكام القضاء في البلدان الاسلامية
متواترة السير على مذهب مالك فيها يتعلق بشقاق الزوجين وبحث الحكمين ، فقضي بانه
" اذا اختلف الحكمان امرهما القاضي بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم
غيرهما وعلى الحكمين ان يرفعا الى القاضي ما يقرران وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاه " (3)
وهذه الاحكام مستمدة من فقه المالكية .

(1) راجع القرطبي ، ج 3 ، ص 137 ، تفسير .

(2) راجع المدونة ج 5 ، ص 51 ، المرجع السابق .

(3) نقض مصري ، طعن رقم 46 لسنة 46 ق مجموعة احكام النقض .

ونقضى بأنه : إذا اتفق الحكمان على رأي رفعا إلى القاضي الذي عليه

أن ينفذ ما قرراه دون معارضة أو مناقضة ولو كان حكمهما مخالفا لمذهبه⁽¹⁾.

(1) نقض مصري ، طعن 17 ، لسنة 42 ، أحوال شخصية .

المبحث الثالث

الخيانة والهجر في المصالح

الخيانة من الأضرار الواقعة على الزوجة إذا كانت بخير عذر وحدها كما هو الراجح في فقه المالكية سنة وهو ما أخذ به القانون ⁽¹⁾ . ويلاحظ على القانون أنه جعل الخيانة سنة بدون عذر سببا للتفريق كما جعل نفس المدة سببا للتفريق إذا ترتب عليها عدم الاتفاق لانه لا تكلف المصبر ، فللزوجة ان ترفع أمرها للقاضي مع اثبات الزوجية وعدم وجود المال الظاهر ويعذره القاضي بالطرق القائية وفقا لقانون الاجراءات المدنية ويضرب له اجلا مع اذاره بانه سيحكم بتطليق زوجته اذا لم تصلها منه النفقة الحاضرة الواجبة عليه ، فاذا تحققت المحكمة من وصول الاذار اليه ولم يرسل لها النفقة في الاجل المضروب يعلق عليه القاضي . هذا اذا علم مكانه اما اذا جهل مكانه او فقد ولا يعلم ا هو حي فيرجي ام ميت فيلحقه فيعلق عليه القاضي وبلا عذر . ويحتبر في حكم الخائب المسجون الذي يحبس بالنفقة ، ونظرا لخلو النحر من تقدير للاجل الذي تضربه له المحكمة فالامر متروك لتقديره للقاضي بما يراه مناسبا وسند ذلك ما فعله امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث بعث في رجال غابوا عن ازواجهم ان يرسلوا النفقة

(1) المادة 53 فقرة 5 (الخيانة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة) .

(2) راجع الشيخ الخفيف ، ص 238 — 239 المرجع السالف .

المستحقة لزوجاتهم او يطلقوا ويرسلوا نفقة ما مضى .

اما الشريق لترك المباشرة ، فقد اوردته المادة 53 من قانون الاسرة
والتي تنص على ان الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ، يحتبر من الأضرار ،
وقد استند النص في هذه المادة التي تنص فيها الزوجة من ترك المباشرة
من يسرف الزوج الى مذهب الحنابلة . فقد جاء في المحرر " كتاب للحنابلة "
ان على الزوج مباشرة زوجته في كل أربعة أشهر مرة ، وإن كان قادرا على ذلك
فإن أبى من غير عذر و تضررت الزوجة فان طلبت الفرقة ، فرق بينهما القاضي .
ولا تغريق اذا كانت الغيبة بعذر .

ولم يقرر المالكية لترك وطئها مدة ، وجعلوا الضابط في ذلك
تضررها من ترك الوطء ، وذلك سيرا على الضابط الذي يؤخذ فيه بالنسبة
للزور ، و تصدق اذا ادعت ذلك في حق نفسها ، ويشترط لطلاقها ان يعذره
القاضي ويضرب له اجلاً ، لان اقامتها بعيدا عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها
مع عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتمالها . ولا تغريق عند المالكية⁽²⁾
بين غيبة بعذر وغيبة بدون عذر ، فكلاهما يستوجب الفرقة اذا تضررت الزوجة

(1) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ، ج 2 ، ص 431 .

(2) راجع الشيخ على الخفيف ، ص 91 : المرجع السابق .

من هذه الخيبة ، وذهبوا الى ان جهالة مكان الزوج يستوجب ان يطلقها القاضي بدون اعذاره اذا تضررت من هذه الخيبة .

و الخلاصة ان شروط التطبيق لعدم المباشرة هي :

- 1 - ان تكون الخيبة بدون عذر كالخيبة غير المصروف مقصدها او هدفها او يكون الهجر وزوجته تقيم معه بنفس البلد .
- 2 - ان تكون قد مضت اربعة اشهر .
- 3 - ان تتضرر الزوجة من هذه الخيبة .

ف متى توافر ذلك ، وذهبت الى القاضي طلقها طليقة بائنة رفقا

للقواعد السابقة و تطبيق لحديثه صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " .
وهو ما يتفق ونص المادة 53 - من قانون الاسرة الجزائي . وفي اتصال الهجر في المضجع بحق التاديب وحكم القاضي بان حق التاديب الشرعي المعبر عنه في الآية الكريمة " واللائي يخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضجع فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن⁽¹⁾ " لا يلجأ اليه الى بعد سلوك سبيل الموعظة الحسنة والهجر في المضجع باعتباره الوسيلة الثالثة والاخيرة في الاصلاح ، فالراي فيه ان يقتصر بحاله ، حال انحراف البيئة وغلبة الاخلاق الفاسدة ، ولا يباح الا اذا رأى الرجل ان رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه ، فهو منوط بالضرر الاشد و اشبه بالاحلال المكروه ، وتقديره بهذه المثابة متروك لقاضي الموضوع⁽²⁾.

(1) سورة النساء الآية 34 .

(2) طعن مصري ، رقم 5 لسنة 46 . أحوال شخصية .

ويفرق القاضي بينهما بطلقة بائنة في حالة عدم حضوره او لم يبد الحذر
المقبول في اي مرحلة من مراحل الدعوى، وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب
او لمجهول المكان دلتها عليه القاضي بلا عذر.

المبحث الرابع

الطلاق

نصت المادة 4 / 53 من القانون على جواز طلب الزوجة الطلاق في حال : " الحكم بحقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة اكثر من ستة فيها مساس بشرف الاسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية . "

و مؤدى نص المادة المشار اليه اعلاه ان الجرائم الخلقية الماسة بشرف الاسرة تعطى للزوجة الحق في طلب التفريق ، لان الزوج الذي يرتكب الانفعال الاجرامية ويقع تحت طائلة العقوبات المقيدة للحرية يعتبر في حكم الغائب عن زوجته ويصيبها ما يصيب زوجة الغائب ، وهذا الحل قد جاء موافقا لقواعد مذهب الامام مالك الذي اجاز التطليق على الغائب لا اكثر من ستة — كما هو الراجح في المذهب — اذا تضررت زوجته من هذه الخيبة ولو ترك لها ما يكفيها من نفقة ، فترفع الزوجة امرها الى القاضي طالبة التفريق للخبية فيعذره القاضي ، بان يضرب له اجلا للحضور اليها او نقلها اليه ، وهذا اذا كان للغائب مكان معلوم ، والا طلق عليه القاضي بعد مرور الاجل وعدم التنفيذ اما اذا جهل مكانه فيطلق عليه القاضي بدون عذر لان المناطق في ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها بقطع النظر عما اذا كان هذا البعد

اختياراً أو قهراً فزوجة المسجون لاكثر من سنة كزوجة الخائب
والاسير سواء بسواء لان المالكية لا يفرقون بين الخيبة بحذر والخيبة بدون
عذر ، خلافا لمذهب الحابلة الذين اشتدوا ان تكون الخيبة بدون عذر ،
وهذه خيبة بدون عذر .

وهذا النص يحالج ضرورات اجتماعية و يقي الزوجات من الوقوع في الحرج
بالهرب عن فية ازواجهن بحذر ، وقد يكون هذا الهم مع محافظة الزوجة
على عفتها امر يتحذر على الطبيعة البشرية احتماله ، وهو ما يوحي
في الاصل بان ذلك هو مقصود النص .

وبالرجوع الى القانون الجنائي الجزائري يتبين لنا ان المشرع الجزائري
قد حدد الجرائم التي ترتكب ضد الاسرة والاداب على الوجه الاتي :
ا- ارتكاب الفاحشة بين ذوي المحارم . (مادة 337 عقوبات) .
ب- تحريض القصر على الفسق او فساد الاخلاق او تشجيعهم عليه او
تسهيل لهم (المادة 342 عقوبات) .
د - ارتكاب جريمة هتك عرض او اغتصاب اناث (المادة 334 ، 335 ،
336 عقوبات) .

و بناءً على نص المادة 4/53 : يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للحبس اذا ما كانت المدة تزيد عن سنة وكانت الحقوبة شائعة ومقيدة لحرية الزوج ، وفيها مساس بشرف الاسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة (1) كما انه يحق للزوجة ان تطلب التطليق للحالات التي اوردتها المشرع الجزائي في قانون العقوبات وهي كما رأينا :

— ارتكاب الفاحشة بين ذوي المحارم .

— تحريض القهر على الفسق او فساد الاخلاق او تشجيعهم عليه او تسهيله لهم .

— ارتكاب جرائم الدعارة .

— هتك العرض او اقتصاب الاناث .

(1) قارن نص القانون المصري (لزوجـة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بحقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ان تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستدعي الاتفاق منه . والنص مأخوذ من مذهب مالك فيما يتعلق بالتطليق للغيبة بسبب الضرر . راجع المادة 14 من القانون رقم 100 / لسنة 1985 المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1920 و 25 لسنة 1929 مصري .

شروط التخليق للمحبس:

يشترط لكي تطلب الزوجة الى القاضي التخليق للمحبس الشروط الاتية :

1 — أن يحكم على الزوج بحقوبة مقيدة للحرية كالحبس او السجن او الاشغال الشاقة المؤقتة ولا يعتبر الخرامة من العقوبات التي يطبق عليها النص ولو نفذت على الزوج بالاكره البدي كما لا يعتبر الحكم بالحبس لدين النفقة من العقوبات المسوقة لطلب التخليق .

2 — أن تكون الحقوبة المقيدة للحرية لمدة اكثر من سنة : فلو كانت اقل من ذلك ترفع دعواها .

3 — أن تنفذ على الزوج بالفعل ، فلا محل لهذا السبب اذا فر الزوج او هرب من السجن اذا كانت الحقوبة غير شائنة كما اشترط النص .

اما اذا كانت الحقوبة شائنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها الحياة

الزوجية فيكفي صدور الحكم النهائي ولو هرب الزوج قبل النفاذ ، فالشرط

ان يستنفذ الحكم درجات التقاضي و ترفع الزوجة الامر الى القاضي مع وثائق

الزوجية و صورة من الحكم النهائي بحقاب الزوج بالحقوبة المقيدة للحرية ،

او شهادة بحبس الزوج للجريمة ، ولا محل لطلبها اذا حبس الزوج احتياطيا

على ذمة التحقيق .

الحيوب التي تخص الزوجة :

- الرتق : وهو انسداد موضع الجماع من الفرج .
- القرن : وهو عظم أو لحم بارز وسميك كقرن الشاة ثابت في فرج المرأة .⁽¹⁾

الحيوب المشتركة بين الزوجين . وهي :

- الجنون
- الجذام
- البرص المضر

و الخلاف وارد في ثبوت حق الفرقة أو في الحيوب التي يثبت بها

هذا الحق .

قال فريق : ان النساء لا ترد الا بأربعة عيوب : الجنون ، الجذام ،

البرص ، وداء الفرج ، وهو المروي عن عمرو بن عبد الله بن عباس وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهيري ، و مالك و الشافعي⁽²⁾ . وخالف الناصر في البرص فلم يجعله عيباً يرد به النكاح .

و الرجل يشارك المرأة في الجنون و الجذام و البرص ، و نفسخه المرأة

بالجب و الحنة .

(1) أما الخفل وبخر الفرج و ما الى ذلك فالظاهر ان الطب الحديث كفيل بمعالجة هذه الحيوب المارضة .

(2) راجع ابن رشد بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 50 دار المعرفة .

اما حكم المداق ، وعلى من يرجع به عند التدليس والتخبر من الولي ، ومتى يقع الرد بهذه الحيوب قبل الدخول او بعده فهذا كله لم يتناوله الخبر ، الا مارواه مالك في الوطاء والدار قطنى : ان عمر قضى في البرصاء والجذماء والمجنونة اذا دخل فرق بينهما والمداق لها نظير حبسه اياها وهو له على وليها . (1) والى هذا ذهب على بن ابي طالب رضي الله عنه (2) :

وقال فريق انه لا خيار لاحد الزوجين في الفرقة اذا وجد بصاحبه عيبا سواء كان الصيب موجودا قبل الحقد او ظهر بعده . وهو مذهب اهل الظاهر وفريق من التابعين ، ومذهب عمر بن عبد العزيز واستدلوا على قولهم بعدم الدليل الشرعي على ثبوت هذا الحق لصاحبه ، وما روي عن النخابة في ذلك ليس بحجة خصوصا فيما هو مجال للرأي . (3)

اما الملكية فقد اجازوا الفريق للحيوب السابقة لك من الزوجين بالنسبة للتي كانت قبل الحقد ، اما بالنسبة للحيوب التي حدثت بعده اي بعد الدخول فلا حق للزوج في الفرقة بها ، وللمواة حق الفرقة للمجنون والجذام والبرص منها ، واختلف اصحاب مالك في أربع : السواد ، والقرع وبخر الفرج وبخر الفم فقبل ترد بها وقيل لا ترد .

(1) راجع علي الخفيف ص 266 المرجع السابق .

(2) علي الخفيف ، ص 255 المرجع السابق .

(3) نيل الاوطار للشوكاني ، ج 6 ، ص 299 و

مديد تطبيق النص.

لم يصرح النص بالعيوب التي تجعل الخيار بين الزوجين

في الفقرة ، وعليه يتمين الوجود للقواعد الفقهية العامة في تحديد العيوب ،
وشروط التفريق لهذه العيوب . لكن صياغة النص تفيد بأن المشرع قد توسع
في العيوب التي تجعل الزوجة فجعل للزوجة الحق في دالب التطبيق ، خلافاً
لمذاهب الفقهاء حيث حددوا العيوب المستوجبة للتفريق .

اما الذي ذهب اليه المشرع الجزائي فهو يستند لاراء متفرقة

لبعض التابعين وهو ما قال به القاضي حسين من الزيدية بقوله :
" كل ما منع من توقان النفس وكسر الشهوة فانه يفسخ به النكاح ⁽¹⁾ .

(1) راجع المتنوع من فقه الزيدية ، ج 2 ، ص 265 ، 1

الفصل المثاني

المادة لعدم الاتفاق

تمهيد وتأسيس .

نصت المادة 1/53 من قانون الأسرة على أنه : يجوز
للزوجة ان تطالب بالتطليق لعدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم
تكن عالة باعساره وقت الزواج .

كما نصت المادة 78 من نفس القانون على أن : " تشمل
النفقة : الغذاء والكسوة والحلاج ، والسكن او اجرتة ، وما يحتر من
الضروريات في الحرف والعادة " .

وحددت المادة 80 من القانون المذكور استحقاق النفقة
من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يهكم باستحقاقها بناء على بيته لمدة
لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى .

وقضت المادة 79 بان : سلطة القاضي في تقدير النفقة
تراعى فيها حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي

سنة من الحكم .

و أخيرا تسقط نفقة الزوجة يثبت نشوزها⁽¹⁾ ، و سبب النفقة هو عقد

الزواج .

و نفقة الزوجة واجبة على زوجها بإتفاق الفقهاء ، لكنها مشروطة عند جمهور الفقهاء بالاستقرار في منزل الزوجية و تسليم نفسها لزوجها . و هي تشمل بالإتفاق : الخداء ، الكسوة ، السكن ، والعلاج و ان كان الأخير محل النظر عند بعضهم . وجزاء الامتناع عن الاتفاق هو احقية الزوجة في الدلب التفريق عند الجمهور .

و على ذلك ينقسم الفصل الى مباحث ثلاث : نعرض في الاول للنفقة و عناصرها و الثاني لجزاء الاخلال بالامتناع عن الاتفاق ، و نتناول في الثالث موقف القانون من خلال النصوص السالفة .

(1) المادة 37 من قانون الاسرة الجزائرية تنص على انه : " يجب على الزوج

نحو زوجته :

1- النفقة الشرعية حسب وسعه الا اذا ثبت نشوزها . . . " .

المبحث الاول

الفسقة ومسئورياتها

قد لا يكون للزوجة اي مورد تستلج به مواجهة المتطلبات الضرورية للحياة سوى النفقة ، وعليه اوجبت بمقتضى الكتاب والسنة .

1 — دليل النفقة من الكتاب :

قوله تعالى : " فما استمتعتم به من من فاتوهن اجورهن فريضة " (1)
قوله تعالى : " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن " (2)

قوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرازا لتمدنوا و من يفعل ذلك فقد ذلم نفسه " (3)

فقد دلت الايات على ان الاتفاق واجب على الزوج بالمعروف .
والمعروف : ما يحسن به الحرف والحادة . وفقا لحال الزوج لقوله تعالى :
" لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاهما . " (4)

- (1) النساء ، الاية 24 .
- (2) البقرة ، الاية 6 .
- (3) البقرة الاية 231 .
- (4) البقرة ، الاية 7 .

وذهب علماء التفسير الى ان المراد بذلك لينفق كل واحد من
الموسر والموسرة ما ييلفه وسعه ، و الظاهر ان المأمور بالاتفاق هم الاباء
فقد قال ابن العربي في تفسيره : هذه الآية آمل وجوب النفقة على الأب
دون الأم وخالفه في ذلك محمد بن المواز فقال : بوجوبها على الابوين
على قدر الميراث ، واختلفوا في الاستدلال بالآية على الفسخ بالحجز على
الاتفاق على الزوجة .

فذهب ابو حنيفة وعمر بن عبد العزيز الى انه : " لا فسخ بالحجز
عن الاتفاق وعلى الزوجة الصبر . " وقيل : بفسخ النكاح بالحجز عن الاتفاق
و يفرق بين الزوجين وهو مذهب سعيد بن المسيب ومالك والشافعي واحمد
رحمهم الله . وفي الآية استحباب مراعاة الانسان خال نفسه في النفقة
والصدقة ⁽¹⁾ وهي واجبة بحسب الحرف ⁽²⁾ . وتجب على الزوج بالشروط
السابقة ولو لا يكتفه الولاء كالعنين والمحبوب والمريض ⁽³⁾ .

-
- (1) راجع الالوسي جـ 28 ، ص 140 تفسير ، الترتبي جـ 8 ، ص 173 تفسير .
(2) راجع الالوسي ، جـ 28 ، ص 140 تفسير المرجع السابق .
(3) راجع كشاف القناع ، جـ 5 ، ص 460 .

2/ دليل النفقة من السنة :

لأنه عليه الصلاة والسلام أذن لهند زوجة أبي سفيان
— حين شكت إليه شح زوجها أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها
بالمعروف من غير إذنه ، فلو كانت غير واجبة على الزوج لما أمرها النبي بذلك (1)

وأنه عليه الصلاة والسلام قد أوصى بالنساء خيرا في حجة
الوداع : " أوصيكم بالنساء خيرا " والخطاب موجه لامته لأن عدم الاتفاق فيه
ضررها وماذا بعد الخير إلا الضرر .

و من أدلة وجوب النفقة أيضا أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب
رضي الله عنه قد كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم
بأن يأخذوهن وأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بحثوا بنفقة ما مضى (2) .

وبعد أن ثبت دليل النفقة من الكتاب والسنة ومذاهب الصحابة
يتمين تبين شروطها .

(1) كشف القناع ، ج 5 ، ص 460 .

(2) علي الحنيف ، فسر الزواج في المذاهب الإسلامية ، ص 291 .

شروط النفقة :

حتى تستحق الزوجة النفقة المقررة : رعا على زوجها يجب ان يتوافر
لذلك شرطان :

الاول : ان تستقر الزوجة في منزل الزوجية كمظهر من مظاهرها طاعتها
لزوجها وهو ما يوصف "بالاحتباس"

الثاني : ان تسلم نفسها له ولو حكما موسرة كانت او مختطفة معه
في الدين . وهو ما ذهب اليه الجمهور خلافا لـ ابن حزم الذي يرى استحقاق
الزوجة لنفقتها مطلقا بسبب عقد النكاح حتى ولو كانت ناشزا⁽¹⁾ .

وينتحق الاحتباس أيضا ولو حكما كان تستمد الزوجة
لانتقال الى مسكن الزوجية ولا يجيبها الزوج ، لانه اذا كانت النفقة حق
للزوجة فان الانتقال حق للزوج ، فحيث تمتنع المرأة عن الاحتباس فقد تخلف
حقها في النفقة ، وحيث يمتنع الزوج عن البها للنقل فقد تخلف حقه في
ذلك دون مساس بحقوقها في النفقة اذا استهدت للانتقال لانها محتبسة
حكما .⁽²⁾

(1) راجع المحلى لابن حزم ج 11 ص 321 .

(2) راجع فتح القدير ، ج 3 ، ص 421 .

و تشمل النفقة على الخصوص:

1 — مصاريف الأدوية و العلاج :

إن مصاريف الأدوية و العلاج واجبة على الزوج من باب المصروف و الفضل بينهما لقوله تعالى : " ولا تنسوا الفضل بينكم ⁽¹⁾ ". و القول باستحقاقها عضوًا بمصاريف العلاج هو مذموم الزيدية و قواعد فقه الامام مالك حيث يعتبرون بان ثمن الأدوية و اجرة الطبيب تدخل ضمن نفقة الزوجة . اما اذا مرضت و هي ناشز او ممتنحة عمدا عن تسليم نفسها فعلا او حكما فتسقط نفقتها عموما ، لان نفقة العلاج و هي جزء من عموم النفقة تستحق لها بسبب المودة و الرحمة المنصوص عليهما في القران الكريم : " وجعل بينكم مودة ورحمة ⁽²⁾ ". فإذا تخلفت المودة و الرحمة تحين سقوط النفقة .

2 — المسكن الشرعي :

من المسلم به ان المسكن من عناصر النفقة و له مواصفات في فقه الشريعة على الوجه الاتي :

1 — ان يكون هذا المسكن مناسبا للمركز الاجتماعي للزوج دون اعتبار

(1) سورة البقرة ، الآية 237

(2) سورة الروم ، الآية 21 .

لمركز الزوجة فيكون ذلك بمسكن تامن فيه على نفسها ومالها
بـ ويجب ان يكون هذا المسكن خاليا من سكنى الغير بصرف النظر
عن درجة قرابة هذا الغير لان المقادير في ذلك عدم مضايقتها والتقييد
من حريتها بمعاشرتها لزوجها والاستمتاع به لان المسكن حق من
حقوقها الخالصة ولها ان تلقى برضاها من هذا الحق الخالص بان تختار
من يقيم معها من محارم زوجها لكن ليس لها ان تمنع ولد زوجها من الإقامة
معه اذا كان صغيرا وغير مميز .

جـ ويجب ان يلحق بالمسكن الشرعي المرافق الضرورية من مكان للغسل
والطبخ وقضاء الحاجة وان يجهز بلوازم الفراش والاواني والادوات
المنزلية بما يتفق هذا كله وحال الزوجة .

دـ ويجب ان يكون هذا المسكن محصنا بالامان على نفسها ومتاعها ولا
تستوجب فيه خيفة على نفسها او متاعها ولا يكون فيه ايحاش لها واذا
كان المسكن يبعد عن مناطق اهله بالسكان فيجب عليه ان يحضر لها
امراة كبيرة من اقاربها تؤنسها وحدتها في اثناء خروجه من المنزل واذا
كان ميسورا فيجب عليه ان يقتني لها خادمة او ينقلها الى مسكن اخر فيه
الامان على نفسها ومالها وفي المقابل يمتنع على الزوجة ان تحضر معها
احدا من اقاربها للإقامة معها حتى ولو كان لها ولد صغير من زوج

آخر دون رضا الزوج لأن حياتهما بما فيها من مباشرة واستمتاع
ومنافع المسكن مملوكة لهما وخدمهما لا يجوز لأحد مشاركتهما فيها إلا برضا
كل منهما على الوجه المتقدم⁽¹⁾.

(1) راجع رد المحتار ج 3، ص 599.

المبحث الثاني

الامتناع عن الاتفاق

ثاراختلف بين فقهاء الشريعة حول امتناع الزوج عن الاتفاق عن زوجته وله مال ظاهرا ولم يكن له مال ظاهرا سواء كان ذلك راجع لحسره ام للجهل بهذا المال ، ام لانه غيب ماله ولا يحلم له مكان .

ومع خلافهم هذا فقد فرقوا بين هذ ه الحالات على الوجه التالي :

1 — حالة وجود مال ظاهر للزوج حاضرا او غائبا و امتناعه عن الاتفاق على الزوجة :

ذهب جمهور الفقه الى عدم احقيتها في طالب التفريق بينها وبين زوجها بسبب هذا الامتناع ، بحلة انها يمكن أن تأخذ ما يكفيها من هذا المال بطرق قضائية او غير قضائية ودون توقف على إذنه ، ومن ثمة يتخلف الحق في التفريق لعدم وجود سبب ما يبيني عليه .

وسندهم في ذلك :

قضاؤه عليه الصلاة والسلام في شكى هند زوجة أبي سفيان بأن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف فلو كان للزوجة الخيار في التفرق في هذه الحالة لما أمرها عليه الصلاة والسلام بأن تأخذ من مال زوجها بالمعروف⁽¹⁾.

2. حالة عدم وجود مال سواء كان هذا المال فائداً أو جهلاً مكانه أو قيمته أو كان الزوج معسراً أم كان ماله فائداً بمصرفته أو كان الزوج معسراً أو كان ماله فائداً بمصرفته و امتنع عن الانفاق .

فليس لها : عند فريق منهم طلب التفرق لهذا السبب وهو جماعة من التابعين و مذهب الحنفية و الظاهرية و الشيعة الجعفرية و جمهور النجدية و قول عند الشافعية⁽²⁾ و احتجوا لقولهم بالاثراء السابق في شكى هند فقال عن انه لم يرد عن النبي عليه الصلاة والسلام يدل على ثبوت حق الزوجة في طلب التفرق عند عدم الانفاق⁽³⁾.

(1) زاد الميعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 144

(2) راجع علي الخفيف فرق الزواج ، ص 226 .

(3) زاد الميعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 154 .

ومن الأدلة أيضا أن :

— الصحابة رضوان الله عليهم كان فيه الموسر والمحرور وكان المحسرون هم الأكثرية ، ولم يرد ما يدل على أنه عليه الصلاة والسلام قد فرق بين صحابي وزوجه لعدم الاتفاق (1) .

— إن الله تعالى تدب إلى النكاح حال الفتر في قوله عز وجل : " وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقرا يغنيهم الله من فضله " (2)

فدلت الآية على أن النكاح مندوب حال الفقر ، وإذا كان كذلك فيصح أن الفقر لم يكن سببا للتفريق بين الزوجين . (3)

— إن الدالة لا تحدوا أن تكون ديناً للزوجة في ذمة زوجها ، والدائن ينتظر إلى ميسرة عند عسر مدينه امتثالا للأمر الوارد لقوله تعالى : " فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " (4)

وإذا كان الدائن مأمور بنظرة الميسرة مع مدينه المحسر فمن باب أولى

(1) زاد الميعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 155 .

(2) سورة النور ، الآية 3

(3) زاد الميعاد لابن القيم ج 4 ، ص 155

(4) سورة البقرة ، الآية 280 .

أن تكون الزوجة مأمورة بها .

و ذهب فريق آخر إلى أنها تخير بين أن ترضى و تصبر وبين

أن تدل على التخليق و هو مذهب فريق من الصحابة منهم عمرو علي و أبو هريرة

رضي الله عنهم و مذهب فريق من التابعين ، كما أنه مذهب مالك و أحمد

و أحد القولين عن الشافعية و سندهم في ذلك :

1 - التصرفي قوله تعالي : " و امساك بمصرورفاو " . تسريح باحسان (1).

و النفقة تدخل في عموم الامساك بمصرورف ، و اذا تخلف الامساك

بالمصرورف تحين التسريح بالاحسان لان العجز عن النفقة هو خروج عن

حدود المصرورف الذي امر الله جل شأنه به .

2 - مراسيل سعيد بن المسيب ، حيث ذهب إلى ان التفريق عند العجز

عن الاتفاق هو سنة عن الرسول صلى الله عليه وسلم . و هذه المراسيل

يحتج بها عند أكثر الفقهاء (2) . و ما قام به عمر بن الخطاب بأمر أمراء الأجناد

بإرسال النفقة المستحقة على الخائبين (3)

(1) سورة البقرة ، الآية 229 .

(2) راجع القرطبي ، ج 5 ، ص 145 . تفسير . علي الدافيف ، فرق الزواج ،

ص 231 المرجع السابق .

(3) زاد المعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 155 .

3- المعقول : إنه إذا كان طالب الفسخ ثابت للزوجة ولازما لعجز الزوج عن الوطء للضرر الواقع عليها وكان هذا الضرر أقل وطأة من الضرر عند العجز بعدم الاتفاق ، فصح أن الفسخ عند العجز عن الاتفاق ألزم⁽¹⁾ :

و تعميل من جهتنا إلى رأي هذا الفريق الذي ذهب إلى أحقية الزوجه في طالب التفريق عند اعسار زوجها وعجزه عم الاتفاق اذا لم تصبر على عسره مراعاة لحالة الاسرة والاولاد وقطعا لدرأ النزاع .

(1) زاد المعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 155 .

المبحث الثالث

مبوهة الطب

علاج التقنين الجديد عناصر النفقة فجعلها شاملة للعلاج وهي تشمل مناطقاً ثمن الأدوية وأجرة الأطباء و تكاليف المستشفيات وهو تدور في التشريع يتفق و مذهب الزيدية⁽¹⁾ . خلافا لما ذهب اليه جمهور الفقه و منهم الاحناف و المالكية بانص على ان : الدواء وأجرة الطبيب لا تلزم الزوج⁽²⁾ . وفي اعتبار نفقة العلاج من ادوية وأجرة طبيب ومصاريف العمليات الجراحية و الاقامة بالمستشفيات مساهمة لزوج الحصر ومقتضياته حيث اعتبرت الحياة الصحية قوام تقدم الاسرة .

وما ذهب اليه المشرع الجزائي في المادة 73 بشأن اعتبار العلاج ضمن عناصر النفقة فقد أخذ به المشرع المصني . بالنقد في قانون الاحوال الشخصية الجديد⁽³⁾ .

(1) راجع البحر الزاخر ، ج 4 ، ص 272 ،

(2) راجع فتح القدير ج 3 ، ص 243 . الشرح المصغير ، ج 2 ، ص 731 .
(3) راجع القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص باحكام النفقة وبحضر مسائل الاحوال الشخصية =

و تقسم المبحث الى مطلبين :
نتناول في الأوان نفقة الخائب
وفي الثاني : تقدير النفقة .

المطلب الاول نفقة الخائب

نصت المادة 553 على أحقية المرأة في طلب الشريك بقولها :
"للشيخة . بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة ."

والخائب له حالتان :

- 1- أما أن تكون غيبته معلومة ، ولكن يتحذر مراسلته .
- 2- أن تكون غيبته غير معلومة فيتحذر مراسلته .

فإذا تقدمت الزوجة الى القاضي بطلب النفقة مع اثبات الزوجية
وكان له مال ظاهر نفذ عليه القاضي بالنفقة التي يقدرها ولا محل لطلب
الشريك عند ذلك لا تمتاعه عن الاتفاق لأن الزوجة قد اندفعت حاجتها
وأزال القاضي الخبر الواقع عليها ، ويسري هذا الحكم في حال الكفيل

= ويلاحظ أن القانون رقم 25 لسنة 1920 المشار اليه قبل التعديل لم
يكن ينص على اعتبار العلاج ضمن مفردات النفقة جريا على مذهب الاحناف ومالك .

بالنفقة لأن ماله يقوم مقام الزوج (1) .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر : فيفرق بين الخيبة القريبة و الخيبة البعيدة .

تففي حالة الخيبة القريبة وهي التي يسهل فيها وصول قرار المحكمة اليه اعذره القاضي وضرب له اجلا ، فإذا لم يحضر ولم ينفق عليها او لم يرسل لها النفقة الواجبة لها عليه و تحققت المحكمة من وصول اقرارها باعذاره يطلق عليه القاضي بعد مرور الاجل المضروب (2) .

أما إذا كانت الخيبة بعيدة ، ويتمذر وصول قرار المحكمة اليه او جهل مكانه ، او فقد ولا يدب أهوجي ام ميت يطلق عليه القاضي في الحال بعد اثبات الخيبة .

وهو مذهب مالك ومه أخذ المشرع المصري في قوانين الاحوال الشخصية المتعاقبة في مصر، وكذلك التشريع السوري والسوداني في مجله (3) .

-
- (1) راجع الشيخ علي الخفيف ، فرق الزواج ، ص 298 ، المرجع السابق .
(2) راجع الشيخ علي الخفيف ، ص 299 ، المرجع السابق .
(3) المرجع السابق للشيخ علي الخفيف ، ص 299 .

ونظرا لخلو القانون من النص يحكم المسألة في هذا الخصوص
فانه يتعين الرجوع في ذلك الى مذهب مالك خصوصا وان القضاء في
الاقطار الاسلامية يطبق قواعد النفقة للغياب وفقا للمذهب المذكور .

المطلب الثاني

تقدير النفقة

اخضعت المادة 79 من القانون والمشار اليها في صدر المبحث
تقدير النفقة لسلطة القاضي ، لكنها قيدته بمراعاة حال الطرفين وظروف
الحاشي .

وبالرجوع لفقه الشريعة يتضح ان تقدير النفقة بحال الزوج او
حالهما محل خلاف .

فتدذهب الشافعية وابن حزم وراي صحيح في المذهب الحنفي
الى ان النفقة تقدر بحال الزوج⁽¹⁾ لان الله تعالى قد جعل النفقة على
الازواج وذلك في قوله تعالى : " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر
عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاه"⁽²⁾ .

(1) راجع الام للامام الشافعي ، ج 5 ، ص 79 . ومنح القدير ج 3 ص 224

(2) سورة الطلاق ، الآية 7 .

وقوله تعالى : " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن
لتضييقن عليهن (1) .

في الآيتين دليل على اعتبار حال الزوج لا الزوجة فلو تزوجته وهي
عالة بفقره راضية بالمعيشة معه على الحالة الظاهرة امامها ، فحليها
القبول والرضى بما وسعه الاتفاق بمفاته قوام عليها ، وهذا الرأي يتسق
معه الحكم الوارد في الفقرة الاولى من المادة 53 من قانون الاسرة التي
قالت باحقيتها في الب الشريك حيث نصت على انه : " يجوز للزوجة ان
تطالب بالتاليق للأسباب التالية :

1- عدم الاتفاق بحد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالة باعساره وقت الزواج .

اما ما يختاره القانون بمراعاة حال الطرفين فهو ينطبق في رأي على
الحالة التي يكون الزوج فيها ظاهر اليسار ، دون ان يكون محسرا . لانه
عند الاعسار وهي عالة به يتخلف حقها في طلب الشريك باعسار الزوج
حينذاك . اما اذا كان اليسار عند عقد النكاح ثم اعسر بعد ذلك ،
فالصحيح انها تجب لها نفقة الفتراء في حالة العسر دون نظر لحالها
لانه اذا كان قد اعسر بعد يسر فكيف يصح القول بمراعاة حالها وهو لا

(1) سورة المطلاق الآية 6 .

يستطيع الا دفع الحاجات الضرورية .

واستند القانون في حكمه بعدم أحقية المرأة في طلب التفريق . اذا تزوجته عالمة باعساره راضية به الى قول الامام مالك في هذا الخصوص . حيث ذهب الى ان : طروء يسار له بعد اعساره عند النكاح ثم عودة اعساره لا يحيطيها ايضا طلب التفريق لانه متى ثبت اعساره بالبيئة او باقرارها امهله القاضي مدة قد تكون شهرا او نحوه ليحصل على نفقة لزوجته دون اضرار بها والا طلق .

وقد استقر القضاء الجزائي على عدة مبادئ في شأن التاليق لعدم الاتفاق⁽¹⁾ ، نذكر منها في هذا الصدد :

— اعتبر القضاء عدم الاتفاق من الزوج على زوجته طيلة اربع سنوات كافية لفك الرابطة الزوجية بناء على القاعدة الشرعية التي تقضي بان للزوجة . التاليق للضرر البين " قرار المجلس الاعلى رقم 76 / 11 / 8 نقض 13985 " .

واممال الزوجة مدة تزيد عن سنتين وعدم الاتفاق عليها يعد اضرازا بها و تطلق عليه " قرار المجلس الاعلى رقم 76-0-3 ، نقض 13448 " .

(1) نشرة القضاء لوزارة العدل

واهمال الزوج زوجته مدة ستة سنوات وعدم الاتفاق عليها
وعلى ولده يستوجب الحكم لها بالتطليق بيدها وبين زوجها " المجلس
الاعلى ، " مسقط 13 89 6 "

كما حكم بتخصيص المسكن المؤجر للحاضنة (المجلس الاعلى ،
قرار رقم 054 بتاريخ 1982/2/21) .
وهذا الذي ذهب اليه القضاء الجزائي متفق واحكام الشريعة
الاسلامية .

الفصل الثالث

المفروق الذي لا يفسخه على النساء

تمهيد :

قد يهتق الزوجان على الطلاق دون لجوء الى القاضي صيانة لاسرار الاسرة استجابة لقوله تعالى : " وان يفتقا يخن الله كل من سمته (1) " .

واسباب الفرقة غير القضائية قد تكون بغير اتفاق الزوجين ، عندما تبغض الزوجة زوجها وتريد ان تقتدي نفسها ، او عندما يجد كل منهما تخلف حبل المودة والرحمة بينهما وخشية الكفر في الاسلام فيقع الطلاق على مال بالاتفاق ، وهو الخلع ، دون اللجوء الى المحاكم .

وقد تنجح الفرقة من سلوك للزوج بين فيه التاديب لزوجته . متجاوزا حدود ما رسمه الشارع الحكيم في نشوز الزوجة ، وهي : الوعظ بالحسنى ثم الحجر في المضجع وهو آخر الوعظ ، ثم الضرب اذا لم ترتدع عن النشوز ، بيد ان الزوج قد يلجاء الى سلوك طريق وعرفيه (1) سورة النساء ، الاية 34 .

ايذاء لها وليس من سبيل لمعالجة هذا السلوك وحمله على الجادة
الاباتباع ما رسمه الشارع الحكيم ، لتحل له زرجته بعد ان صارت لا تحل
له ذلك هو الايلاء والظهار ، وعلى هذا سوف نخصص هذا الفصل الى
المباحث التالية :

... المبحث الاول : الطلاق على مال .

... المبحث الثاني : الايلاء .

... المبحث الثالث : الظهار .

المبحث الاول

الطلاق على مال (الخلع)

الخلع لغة من خلع ثوبه وبعله وقائده ، وخلق عليه خلعه كله من باب قطع . وخلق امرأته خلعا ، وخالعت المرأة بعلمها ارادته على طلاقها ببدل منها ، فهي خالعة والاسم الخلعة ، وقد تخالعا واختلعت فهي مختلعة⁽¹⁾ ومعناه الازالة والابانة من خلع الرجل ثوبه ازاله وابانه . والزوجان كل منهما لباس لصاحبه ، قال تعالى : " هن لباس لكم وانتم لباس لهن " .⁽²⁾
فاذا فارقتها كانه نزعها عنه ولما كان في نظير عوض ناسبه ان يسمى بهذا الاسم اكثر من غيره ويسمى ايضا فيدية وافتداء⁽³⁾ .

(1) راجع مختار الصحاح ، ص 185 مادة خلع .

(2) سورة البقرة ، الآية 187 .

(3) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج 6 ، ص 325 ، والمرجع السابق ،

بلغة السالك الى مذهب الامام مالك ج 1 ، ص 441 .

الشرح الكبير والدسوقي عليه ج 2 ، ص 547 .

بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 55 - 67 .

والاصل في الطلاق ان يقع بارادة الرجل المنفردة ، وجعله الله مخرجاً عند تخلف المودة والرحمة بينهما ، بيد ان الكراهية قد تحدث من الزوجة لزوجها ، فتريد التفريق وهو لا يرغب فيه فتلجأ الى الاثاق معه على عوض تدفعه له نظير الطلاق ليرجع عن اصراره بالتمسك بها ، ويفل رقبها .
نظير هذا العوض الذي تنبذه في سبيل نكاحها ونفقاته ، فتخالعه على هذا المبلغ من المال .

لذلك نقسم هذا المبحث الى ثلاثة فطالب :

الاول : في دليل الخلع

الثاني في التكليف الفقهي للخلع .

الثالث : شروط الخلع .

المذنب الأول

دليل المذنب

ورد الدليل على جواز الخلع في الكتاب والسنة والاثار

1- الكتاب:

قوله تعالى: "الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به". (1)

والنص استثناءً وارد على الآية الكريمة التي لا تجيز للرجل أن يأخذ شيئا مما قدم لزوجته من أجل الزواج نظير طلاقها بالنهي عن ذلك في قوله تعالى: "وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج و آتيتم أحداهن نقارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا وإنما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض". (2) فدللت الآية على رفع الجناح على الزوجين في افتدائهم الزوجة نفسها بمال تدفعه للزوج نظير تطليقه.

(1) سورة البقرة الآية 229 .

(2) سورة البقرة الآية 228 .

(1)
و الفرقة تسمى خلعا أو اختلاعا .

2- السلسلة :

قضاؤه عليه الصلاة والسلام في واقعة امرأة ثابت بن قيس (2) .

اذ ترافعت الى حضرة فقالت : يا رسول الله : ثابت بن قيس ما اعتب
عليه في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام " . فاحضر ثابت
بن قيس وفرق بينهما ورد اليه الحديث (3) التي كان قد دفعها اليها كموء
وامرها ان تطحق باهلها و تنسج بحبيضة فدل ذلك على وجوب التفريق بين
الزوجين اذا ابدت الزوجة كراهيتها لزوجها بما لا يلتئم مع دين ولا خلق
حيث لا تستقيم العشرة مع كراهتها لبعدها .

وما فعله عليه الصلاة والسلام احذر ان يسلكه القضاة الا ان

فيحكم بالتفريق بين الزوجين بمخالعته بما اعداها من مهر فان رضيت

(1) راجع احكام القرآن لابن العربي ج 1 ، ص 194 . صحيح البخاري
ج 9 ، ص 325 المراجع السابق .

(2) وقيل انها جميلة بنت سلول وقيل حبية بنت سمل ، راجع صحيح
البخاري ج 9 ، ص 325 .

(3) راجع لمزيد من التصيل القصة مبسوطة بروايات مختلفة في فتح الباب ج 9
ص 326 .

المطلب الثالث

شروط المخلع

للمخلع شروط. يجب توفرها في المخلع و آخر يجب توافرها في المختلعة وعلى ذلك نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع كما تقدم ذكره ، فنخصص :
الاول لشروط المخلع ، و الثاني لشروط المختلعة ، و نفرد الثالث لمقدار الحوغر.

الفرع الاول : شروط المخلع.

يشترط في المخلع : بما يشترط في المطلق فمن جاز طلاقه جاز خلعها ،
ولكن ما الحكم اذا كان المخلع مريضا مرض الموت ثم هلك قبل ان يبرأه
اختلف الفقهاء في ذلك :
- قيل لا ترثه زوجته ولو هلك في اثناء عدتها و هو مذهب الحنابلة والحنفية
والشافعية .

- وقيل ترث اذا هلك في مرضه الذي خالعه فيها يستوي ان تكون المنية
قد وافته اثناء ام بعد انتهاء العدة ، ويصرف النظر عن اقترانها بزواج
من مدمه ، وسواء دخل بها ام لم يدخل بها و هو مذهب المالكية ووجه
ذلك عندهم ان الزوج قد اقدم على ما ينتج منه اخراج وارث من تركه تحلق

له بها حق فلا يجوز ذلك .

وافق الكل على ان الزوج لا يرث المخلصة حيث اسقط بالخلع ما كان
(1)
له من حق .

وبمقارنة هذه الراء يتضح ان الاولى والاوفق ان لا يرثها ولا
ترثه لانه برضاها بالخلع قد اسقطت ما كان لها من حق ايضا وهو ما
يراه الشيخ على الخفيف وهو الذي يجب ان يسير عليه التقنين
بالنسبة للمشرع الجزائري لقطع دابر الخلاف ، وليكون كل منهما في روية
من الامر قبل حل رابطة الزوجية بالخلع لما يترتب عليه من افتراق الزوجين
من تصدع في الحياة الاسرية وضياع للاولاد .

الفرع الثاني : شروط المخلصة :

يشترط في المخلصة :

اهليتها للتبرع اذا كانت هي الملزمة بالموعظ طبقا للقواعد العامة في
احكام العقود في الشريعة والقانون التي توجب سلامة الرضى من
المعيرب .

(1) راجع الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه مج 2 ص 347

و ذهب المالكية الى عدم جواز خلع الصغيرة و السفيرة و لكن تبين
منه ، و يجب عليه اذا علق طلاقها على مال ان يرده لها و هي امور تتفق
مع القواعد القانونية في نظرية الحقد ، و ليس مالك عدم وقوع خلع المكرمة
بتحليق طلاقها على مال ، فلا يقع به طلاق .

الفرع الثالث : مقدار الحوض .

يجب لتحديد مقدار الحوض التفريق بين حالتين :
— الحالة الاولى :

ان تصدر الكراهية و الشوز منها وتكره كفر الحشيرة كما حدث في واقعة
جميلة بنت سلول مع زوجها ثابت بن قيس ، فيصح في هذه الحال الخلع على
الكثير و القليل و لزيادة عما امرها به لقوله تعالى : " فان خفتن الا
يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ⁽¹⁾ . " فدلّت الآية على جواز
الفدية بالطلاق عند خوفها الا يقيما حدود الله ، فالجواز اولى ان كان
الخوف منها وحدها ، وقد تخلف عن الظن بالامساك الضرار بالزوج بخيا
وعدوانا عليها فلا حد عندئذ لما تقتدي به ، و هو قول الخلقاء الثلاثة :
عمر و عثمان وعلي رضي الله عنهم و جماعة من الصحابة و التابعين ،

(1) سورة القرة الآية 223 .

و مذهب الائمة الاربعة ، و تطالب له الزيادة طبقا لمذهب الحنفية
و الشافعية وبعض الحنابلة ، خلافا للمالكية .

و قد اخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور حيث نصت المادة
54 من قانون الاسرة على انه : " يجوز للزوجة ان تخالف نفسها من زوجها
على مال يتم الاتفاق عليه . . . " .

ووجه استدلال الجمهور بالزيادة هو التمسك بالنص القرآني
" فلا جناح عليهما فيما افدت به ⁽¹⁾ " . و هو نص عام يتناول مثل مهرها
و ما زاد عليه . و كما استدلوا ايضا بقضاء عثمان في واقعة الربيع
بنت معوذ بن عفراء .

الحالة الثانية :

ان تكون الكراهية منه لها ، وفيها اختلف الفقهاء و الراجح ان الخلع
بإحال والحوض مردود عليهما ان اخذ منها ، ويقع الطلاق رجعيا لانه
طلاق لا قى مقابلة مال ، و هو مذهب الائمة الاربعة و ابن عباس رضي الله
عنهم ، وفريق من التابعين ، خلافا للحنفية لقوله تعالى :

(1) سورة البقرة الآية 229 .

"وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن أحدا من قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا". وقوله تعالى: "ولا تسكنوهن أزواجا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه".^(٢) وقوله تعالى: "ولا تحضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن".^(٣)

فالأيات السابقة تدل على أن الحوض مع الإكراه غير جائز ولا يُلزم للزوج أخذه لأنه لا يستحقه .

ويصح الخلع على ما يوصف بالمال مثلي أو قهسي وعلى حضنة ونفقة الصغير وأجرة المسكن وكل ما فيه منفعة لها وحصل بشأنه اتفاق .

(١) سورة النساء ، الآية 20

(٢) سورة البقرة ، الآية 231

(٣) سورة النساء ، الآية 19 .

المبحث الثاني

الأيلاء

لغة: الأيلاء مشتق من الألية ، وهي اليمين والجمع الأيا ، وزن عطايا وفعله آلى يؤولي كآتي يوءتي ابتداء ، كقول الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه إذا صدرت منه الألية يرت .

وهو شرعا : حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعدا

بالله ، أو بتخليق ما يستشقه عادة على قربانها كقوله لن زوجته :

والله لا أقربك أبدا ، والقصد منه عدم وطأها مضارة بها ، أما إذا حلف على

الأيطاء ما بسبب الخوف على الولد الذي يرضع منها فلا يكون أيلاء .⁽¹⁾

والأصل فيه قوله عز وجل في كتابه العزيز : " للذين

يؤملون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فآوا فإن الله غفور رحيم . وإن

عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " ⁽²⁾

(1) راجع بلغة السالك ، ج 1 ، ص 478 . ط : الحلبي ، القاهرة سنة

1952 . الشرح الكبير للدردير ج 3 ص 427 . المفتي ج 7 ص 23 .
(2) سورة البقرة الأيتان 227/226 .

قال علماء التفسير : ان الآية وضعت الاحكام للذين لا يجامعون زوجاتهم مدة اما اقل من اربعة اشهر ، وفي هذه الحالة له الانتظار لحين انقضاء المدة ثم يجامعها ، وعليها ان تصبر وليس لها مطالبة بالفتة في هذه المدة ، وسند ذلك ما ثبت في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام آتى من نسائه شهرا فنزل لتسع وعشرين وقال : الشهر تسع وعشرون .

وان زادت المدة على اربعة اشهر فللزوجة مطالبة الزنى عند انقضاء هذه المدة ويجبره الحاكم اما للفقهاء اي يجامعها واما ان يحلقها دراء للضرر بها . . وفي الآية دلالة على ان الايلاء يختص بالزوجات المدخول بهن⁽¹⁾ . ولا يقع الا من زوج مكلف وصحته منه محل اتفاق ، ولا يصح من الصبي ولا من المجنون ولا من المعتوه بالاتفاق (2) لان هؤلاء ليسوا من اهل التكليف .

(1) راجع ابن كثير ، ج 1 ص 263 . تفسير . ابن العربي ، احكام القرآن ج 1 ص 173 ، تفسير . الفخر الرازي ، ج 6 ، ص 86 تفسير . نيل الاوطار للشوكاني ، ج 7 ، ص 43 . فتح الباري ، ج 9 ، ص 350 بلغة السالك ج 1 ، ص 478 .

(2) شرح الدردير ، ج 2 ، ص 427 . المغني ، ج 3 ، ص 523 . البدائع للكسائي ج 3 ص 195 . الفتح الباري ج 3 ص 195 .

جسفة الايلاء:

قد تكون منجزة او مضافة او محلقة على شرط .

اما كونها منجزة : فمثال ذلك قوله : " والله لا اقربك عام " ، واما

انها مضافة كقوله : " والله لا اقربك الصيف القادم " .

واما كونها محلقة على شرط فمثاله : قوله " والله لا اقربك ان حضرت

فلانة فبركتك من منزل ابيها " وهو ما ذهب اليه جمهور المذاهب الاربعة

وعند مالك يكون الايلاء في الغضب لا في الاصلاح لانه يحلف الا بجامعها

اخوارا بها .

حكم الايلاء:

يترتب على ايلاء الزوج من زوجته ، ان يترتب بها اربعة اشهر طلاق للنس .

القراي : " للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر " (1) .

وتبدأ المدة في من وقت الايلاء في حالة ما اذا كان غير مطلق على

شرط او مضافا الى اجل مستقبل ، وهذا في الزوجة المدخول بها ، اما

المطالقة رجعيا فتبدأ المدة من وقت اليمين عند من يبين عدم حركته

وطاها . ولا تبدأ هذه المدة الا من وقت المراجعة عند من يبين حرمة

(1) سورة البقرة الاية 226 .

وطئها وذلك كله قبل خروجها من عدة الطلاق الرجعي (1) ،

أما إذا أضافه أو علقه على شرط فتبدأ المدة من حلول

الإضافة أو من وقت وجود الشرط الذي علق عليه الصيغة ، وتبدأ

المدة بالنسبة لغير المدخول بها من وقت دعائها للدخول .

و بالنسبة للصغيرة التي لا تتأق الوطء عند اليمين ، فتبدأ

المدة من وقت إتمام الوطء ، هذا ما ذهب إليه المالكية ، حيث لا

(2)

يفرقون بين مانع وآخر ، فهي عندهم سواء والاتفاق وارد على أن يمينه

تتحل بغيثه إلى زوجته في مدة التبرص وتلزمه الكفارة لحنثه بالفيء إذا

كان الحلف بالله .

(1) راجع القرطبي ، ج 3 ، ص 109 ، تفسير . أحكام القرآن لابن العربي

ج 1 ، ص 178 ، / 179 تفسير . الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 427 .

المفلي ، ج 8 ، ص 530 . فتح القدير ، ج 3 ، ص 195 .

نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 73 .

(2) راجع القرطبي ، ج 3 ، ص 109 تفسير . أحكام القرآن لابن العربي

ج 1 ، ص 178 / 179 . تفسير .

اما ان علق قريانه لامراته بطلاق او صيام او حج فيحل بهذا

الالتزام .

ويكون الفى* بالجماع عند . القدرة عليه مع عدم المانع من جهته

او من جهتها ، اما عند قيام المانع كالحجز فيكون الفى* — على ما ذهب

اليه المالكية — بالوعد بالوطء عند زوال المانع⁽¹⁾ .

ولكن ما الحكم اذا مضت المدة المنصوص عليها ولم يفي* الزوج ؟

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى القول بان ترفع امره الى القاضي

طالبه منه امره بالفى* او بالتدليق فيأمره القاضي بالفى* فان ابى امره

بالطلاق والا دلق عليه القاضي ، وللطلاق الواقع ، سواء منه او من القاضي

طلاق رجعي .

ويرى المالكية انه اذا وعد القاضي بان يفي* يختبره مرة

واخرى الى ثلاث فان مضت المدة دون ان يمثل ويفي* يامر القاضي

بالطلاق والا طلق عليه في الحال .

(1) راجع القوطبي ، ج 3 ، ص 109 . تفسير . احكام القرآن لابن العربي

ج 1 ، ص 178 / 179 / تفسير . الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 427 .

وما ذهب اليه الجمهور من واقع الآية التي تدل على ان الفيء
وعزم الالاق لا يكون الا بعد مضي المدة ، بدليل انه لو وقع الطلاق بمضيها
لم يحتج الى عزم عليه بعد وقوعه ، ولان الطلاق الاصل فيه ان يفتح رجعتيا
ولا يهبط الى البائن الا بدليل خاص فيتمتع حينئذ اعتباره طلاقا رجعتيا
خلافا لغيرهم في نوع هذا الطلاق⁽¹⁾.

(1) قارن ابن حزم (المحلى) ج 7 ، باب الايلاء .

واستند المالكية في رفضها امره الى القاضي بطلب امره بالفيء الى ما روي عن فريق من الصحابة منهم عمر وعثمان وعلي وام المؤمنين عائشة وابن عمر رضي الله عنهم وفريق من التابعين منهم : سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وطاوس .

و اذا اسقطت حقها في المطالبة او المرافعة لزمها ذلك وليس لها العودة بالمطالبة بعد ذلك وهو ظاهر مذهب المالكية ، قياسا على زوجة الحنين اذا رضيت به .

اما اذا انتقضت الابنة اشهر الاولى وسكتت الزوجة عن مطالبته ولم ترفع امرها الى الحاكم ليوثقه ، فعند مالك لا يلزمخ شيئا وهو قول اكثر علماء المدينة فمذهب مالك في هذا الخصوص هو ان الطلاق لا يقع بمضي المدة من غير فيء ولكن يوثق الزوج فاما ان يفيء واما ان يطلق ويأمره القاضي فان لم يفيء طلق القاضي عليه وهو المروي عن ام المؤمنين عائشة وجماعة من الصحابة والتابعين .

و اذا راجعها فوطأها سقط الايلاء والابانت عنه في انتظار عدتها من طلاق القاضي اذا انتهت عدتها قبل مضي اربعة اشهر من حين الطلاق ، وهو ما ذهب اليه الامام مالك .

المبحث الثالث

الظهار

الظهار هو قول الرجل لامراته : انت علي كظهر امي وقد
ظاهر من امراته وتظهر منها وظهر منها تظهيرا⁽¹⁾ . وانما خص الظهر
بذلك دون سائر الاعضاء لانه محل الركود غالباً ، ولذلك سمي المركوب
ظهراً ، فشبهت الزوجة بذلك لانها مركوب الرجل فلواضاف لخير الظهر
كالبطان مثلاً كان ظهارة على الاظهر عند الشافعية . والخلاف وارد في
قوله كظهر اختي مثلاً ، قيل يكون ظهارة وهو تول الجمهور والشافعي
في الجديد ، وعن الشافعي في القديم لا يكون ظهارة لان النص اختص
الام ، وكذلك الاثر في حديث بخوله بنت ثعلبة⁽²⁾ .

دليل الظهار:

ورد دليل الظهار في قوله تعالى : " قد سمع الله قول التي تجادلك
في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير ،
(1) راجع مختار الصحاح ص 406 المرجع السابق . فتح الباري ج 9
ص 356 .
(2) فتح الباري ج 9 ص 356 ، المرجع السابق =

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم لا يقولون منكرا من القول وزورا وان الله لشفير رحيم .
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم ⁽¹⁾ .

و ذهب علماء التفسير الى ان الآية نزلت في خوله بنت مالك ابن ثعلبة حين ظاهر منها زوجها اوس بن الصامت فجادلت الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت : " اكل شبابي وفرشت له بطاني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا " وهو عليه الصلاة والسلام يقول لها اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى هبط.

= ولان الوداء مركوب والمركوب غالبا انما يكون على الظهر . راجع بلخة السالك ج 1 ، ص 483 . باب الظهار . نيل الاوتار ج 7 ، ص 52 .
(1) سورة المجادلة الايات : من 1 الى 4 .

الوحي بالنص المذكور⁽¹⁾ ، فاحظر زوجها وامره بالكفارة على ما هو مبسوط في كتب
التفسير والفقه⁽²⁾ .

حكم الظهار:

إذا ظاهر رجل من زوجته صارت كالأجنبية لا تحرم عليه على التابيد كما بين
الإمام مالك⁽³⁾ . وتجب عليه الكفارة عند الحود كما بين الجمهور⁽⁴⁾ .

ودليل وجوب تعلق الكفارة بالحود أن الظهار يشبه الكفارة في
اليمين ، فكما أن الكفارة تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة كذلك الأمر في
الظهار وهذا ثابت بطريق القياس وهو ما استدل به الجمهور ، وبين الإمام
مالك في الرواية الصحيحة المشهورة أن الحود هو أن يعزم على وطئها فقط⁽⁵⁾

(1) سورة المجادلة الآيات من 1 إلى 4

(2) راجع ابن كثير ج 4 ص 319 . بلغة السالك ، ج 1 ، ص 483 . بداية

المجتهد ، ج 2 ص 104 ط 6 دار المحرفة بيروت . نيل الأوطار

ج 7 ، ص 52 / 53 .

(3) بداية المجتهد لابن رشد ، ج 2 ، ص 105 ، المرجع السابق .

(4) المرجع السابق .

(5) بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 106 ، المرجع السابق .

لقوله تعالى : " من قبل ان يتماسا " والا تفاق وارد على لزوم الظهار من الزوجة ، والخدا اب عام ، وورد في سبب خاص ، و الواقعة المشار اليها و ذهب الجمهور الى ان مقدمات الوطء تحرم كما يحرم الوطء لقوله تعالى : " من قبل ان يتماسا " . و المسيس يسبق على الوطء ومقدماته ⁽¹⁾ . و ذهب مالك الى انه يحرم عليه الجماع وجميع انواع الاستمتاع ، مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر باللذة ماعدا وجهها وتقبيلها من سائر بدنهما ومحاسنها ⁽²⁾ .

و قد ورد في النص على التتابع في الكفارة اما :
بـ تحرير رقبة .
سـ او صيام شهرين متتابعين .

فان لم يستطع فليطعم ستين مسكينا وسقيا من تمر وعندما
قالت خولة بنت ثعلبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا عنده يا
رسول الله ، حيث لم يكن عند زوجها الرقبة وشيخوخته تحول دون صيامه
شهرين متتابعين كما انه ليس عنده وسق من تمر قال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم : فاننا سنعينه بفرق من تمر وقالت هي :

(1) نيل الاوتار ج 7 ، ص 54 المرجع السابق .
(2) بداية المجتهد ج 2 ، ص 109 . المرجع السابق .

يا رسول الله وانا ساعينه بفرق اخرفقال : " قد اصببت واخسنت فاذهبي
وتصدقني به عنه ثم استوصي بابن عمك خيرا " ففعلت⁽¹⁾ . وهذه سمة من
سمات شريعة رسول الاسلام السمحاء .

(1) ابن كثير ج 4 ص 320 . تفسير .

البَابُ الثَّانِي

الباب الثاني

فصل في الفسخ

تمهيد :

يكون الفسخ وجبياً بحكم القاضي كاختلاف الدين وفقد الزوج لان حكم القاضي يالفسخ تحل به عقد النكاح ولا تحسب الفقرة من عدد الطلقات . وبعد الفرق يلزم فيها الفسخ الوجوبي واهمما حالة وجود الزوجة تحت زوج غير مسلم او فقد زوجها عنها في غيبة باويلة .

و يختلف الفسخ عن الطلاق ، لذلك ينقسم الباب الى

ثلاثة فصول :

الاول : في الفرق بين الطلاق و الفسخ

الثاني : في الفسخ القضائي .

الثالث : في الفسخ بسبب اللعان .

الفصل الاول

الفرق بين الطلاق والفسخ

يفترق الطلاق عن الفسخ في المسائل التالية :

1- ان الطلاق انهاء لعقد الزواج في الحال او في المال لان حق الزوج في الطلاق ثبت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة ، وهي نصوص محكمة لا مدخل فيها لتأويل او تفسير ، ويقع الطلاق المشروع في الاصل من الزوج ولا يثدح فيه انه لم يصدر من القاضي ، خصوصا اذا ما اشهد عليه رجلين وقد يقع الطلاق بحكم القاضي على اختلاف فقهاء الشريعة في بعض مآله - لانه شرع لرفع الضرر وذلك تاييدا لحديثه صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " والقاضي ولي لمن لا ولي له .

2- اما الفسخ فهو نقض للعقد ورفع له اما من اساسه واوله واعتباره كان لم يكن ، كالفسخ بخيار البلوغ او الافاقة ، واما من وقت تاروه سببه كالفسخ برودة احد الزوجين (1) .

(1) علي حسب الله : الفرق بين الزوجين ، ص 133 - 134 . مصطفى شلبي ، احكام الاسرة في الاسلام ص 463 / 464 .

ويترتب على هذا التفريق ما يلي :

أ- في الفرقة التي هي طلاق تحسب الطلقة من عدد ما يملكه الزوج من تدليقات فلو عادت إليه بعده أي بعد هذه الطلقة عادت إليه بما بقي له من الطلقات ، أما الفرقة التي هي فسخ ، فهي نقض لعقد الزواج من أصله ولا تحسب من عدد الطلقات .

ب- إذا طلقت الزوجة طلاق غير مكمل للثلاث ، فيجوز أن يلحقه الطلاق قبل خروجها من الحدة لأن العقد باق بعده ، أما الفسخ فلا يلحقه الطلاق في الحدة لأن الفسخ — كما سبق القول — نقض العقد من أصله ، فلا محل للحدود بفسخه ، باستثناء حالة الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إيقاعها الاسلام فيقع عليها الطلاق في الحدة عقوبة وزجراً لها⁽¹⁾ .

ج- لا تنحل الرابطة الزوجية في الفرقة الواقعة من طلاق رجعي إلا بانتهاء الحدة ، أما الفرقة الواقعة من طلاق بائن أو فسخ فتصل بها الرابطة الزوجية في الحال .

(1) علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص 2 .

د - اذا وقعت الفرقة قبل الدخول و الخلوة الصحيحة ، وجبت بها
المتعة ، اما اذا وقع الفسخ قبلها فلا يجب للمرأة معه شيئا ، و
استثنى الشيخان ردة الزوج ، فانها فسخ ويجب للمرأة معها نصف المسمى
او المتعة .⁽¹⁾

بعد توضيح الفرق بين الطلاق والفسخ ، يتمين التمرض
لهذا الاخير ، ثم تناول الفرق بين الطلاق والفسخ عند الملكية كل
في مبحث .

(1) علي حسب الله ، الفرق بين الزوجين ، ص 183 و 184 . مصدق
شليبي ، احكام الاسرة في الاسلام ، ص 463 — 464 .

المبحث الأول

الفسخ

الفسخ النقض وبابه قاطع ، يقال فسخ البيع والحزم فافسخ اي نقضه فاستنقض
ونقضت الفارة في الماء تنقضت .

ولا يخرج الاصلاح الشرعي عن هذا المعنى اللغوي وهو
النقض ، لان المراد بالفسخ هنا هو نقض عقد الزواج وازالة ما يترتب عليه
من الاحكام في الحال .

ويقع الفسخ باتفاق الزوجين احيانا او عند عدم لزوم العقد
من الاصل كما هو الحال في خيار الولي عندما تزوج المرأة نفسها لخير
كسوء .

وقد يقع الفسخ بسبب عارض ، يدخل دون سريان عقد التكاح
كان يدارء على العقد ردة الزوج المسلم ، او تابی الزوجة فير الكتابية
الاسلام .

ويقتع من ناحية ثانية بسبب خلل في العقد كالرضاع المحرم بين الزوجين

او بسبب داللي^١ يحول دون بقاء العقد واستمراره كإباء الزوج الاسلام بحد
اسلام زوجته ، او ردة أحد الزوجين ، او تمكين الزوجة أحد أصول زوجها
او فروعها منها ، او ارتكاب الزوج مع أحد أصولها او فروعها ما يوجب حرمة
المصاهرة . او بسبب مقارن للعقد يمنع لزومه كجنون الزوجة عند العقد عليها
فيثبت لها خيار الفسخ عند الافاقة .

و تقع الفرقة عن طريق الفسخ في العقد الصحيح والفاقد ولا
تتقص من عدد الدلائل ، بينما تقع فرقة الخلاق في عقد صحيح ، وتتقص
من عدد الدلائل ، والفسخ قبل الدخول والخلو^٢ والذي يتصل امره
بانشاء العقد مالفسخ لخيار البلوغ او الافاقة او نقصان المهر عن مهر
المثل ، فلا يلزم شيء من المهر ، لان ذلك نقص للعقد من أصله . اما اذا
تأكد المهر بشي^٣ مما يؤكده فإنه يجب .^(١)

(١) راجع علي الخفيف ، ص ٨ / و ٣١٤ . الشيخ سلامة مذكور ، الوجيز ،
لاحكام الأسرة في الاسلام ، ص ٢٠ / ٢١٣ .

المصباح الثاني

فريق المصباح و الفهم

عند المصباح

(1)

عدد الملكية الفرق التي تعتبر طلاقاً و الفرق التي تعتبر فسخاً .

أولاً : الفرق الطلاق .

1 - تطليق الزوج .

2 - مخالعة الزوج لزوجته أو تطليقه أيها على مال .

3 - التطليق بسبب الحيف في أحد الزوجين ، طلاق بائن .

4 - التفريق لعدم الاتفاق للعسار . وهو طلاق رجعي .

5 - التفريق بسبب الضرر . طلاق بائن .

(2)

6 - التفريق بسبب الإيذاء . طلاق رجعي ، وينالز ابن حزم في ذلك .

7 - التفريق بسبب فدية الزوج و تنوير الزوجة من هذه الخيبة . وهو كذلك

في مذهب أحمد أي يعتبر طلاقاً .

8 - التفريق بسبب عسار في المهر ، وهو طلاق بائن .

10 - التفريق بسبب ردة أحد الزوجين ، وهو طلاق بائن خلافاً لابن

الماجشون ، و المخرومي ، فهي فسخ عندهما .

(1) راجع بداية المجتهد ج 2 ، ص 276 .

(2) بداية المجتهد المرجع السابق نفس الصفحة .

ثانيا : فرق الفسخ .

- 1 - التفريق بسبب اللعان لما يترتب عليه من حرمة .
- 2 - التفريق بسبب ظروف مفسد على النكاح اذا يترتب عليه حرمة مودة .
- 3 - التفريق بسبب فساد النكاح عند نشأته .
- 4 - التفريق بسبب ايذاء احد الزوجين الاسلام لانها فرقة ليست من نكاح صحيح شرعا عندهم .

موقف القانون :

لم يرد في قانون الأسرة كل حالات الفسخ والطلاق التي تناولها فقهاء الشريعة بل عدد المشرع بعض الحالات واحال فيما لم يرد بشأنها نص الى الشريعة الاسلامية⁽¹⁾ ودون ان يلزم القاضي ان يتبع مذهب معين كما هو ظاهر النص بل احال الى قواعد الشريعة الاسلامية ، ومن ثمة يتعين تطبيق المذهب المالكي على الخصوص .

(1) المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري : (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية .

الفصل الثاني

الفسخ القضائي

يكون الفسخ قضائيا لعدة أسباب تكون اما راجحة الى فقد الزوج
او لخيار النكاح عند اشتراط السلامة من العيوب ، او لفساد العقد ،
او اسلام احد الزوجين او ردة احدهما . وعلى ذلك نقسم الفصل الى
المباحث التالية :

— المبحث الاول : الفرقة بسبب الاسلام .

— المبحث الثاني : الفرقة بسبب فقد الزوج .

— المبحث الثالث : الفرقة بسبب خيار النكاح

عند اشتراط السلامة من العيوب .

— المبحث الرابع : الفرقة بسبب تبين فساد العقد .

— المبحث الخامس : الفرقة بسبب ردة احد الزوجين .

المبحث الاول

الفرقة بسبب الاسلام

إذا أسلم الزوج وبقيت زوجته على غير دين الاسلام ، فإن كان بين الزوجين سبب من اسباب التحريم ، فلا اتفاق وارد بين الاثمة على وقوع الفرقة بينهما في الحال بناء على هذا السبب .

و إذا انقضى بينهما سبب من اسباب التحريم بان كاهنت الزوجة كتابية استمر عقد الزواج لعدم وجود ما ينافيه ، ترغيبا للزوجة في دخول الاسلام باتفاق المذاهب الاربعة والشيعة الجعفرية .

وروجه ذلك عندهم ان الصحابة كان في عصمتهم زوجات كتابيات ثم اسلمن ، وان عثمان بن عفان رضي الله عنه تزوج نائلة بنت النخيلة ثم اسلمت .

وان كانت الزوجة غير كتابية فيحرض عليها الاسلام ، فان اسلمت او اعتنقت ديناً سماوياً بان تهودت او تنصرت بقي النكاح بينهما ، اما ان ابت اعتناق دين سماوي واستمرت على وثنيتهما فرق بينهما القاضي في الحال .

(1) و الفرقة فسخ باثاق الجميع .

مسوقف المالسكية :

يفرق المذهب المالكي بين الزوجة الكتابية و غير الكتابية ، فبالنسبة للزوجة الكتابية ، يرون بقاء النكاح باسلام الزوج — كما سبق القول — ترغيبا لها على دخولها في دين الاسلام ، وذلك اذا لم يكن بينهما سببا من اسباب التحريم ، وان كانت الزوجة غير كتابية وكان اسلامه قبل الدخول بها فرق بينهما في الحال بموجب النص القرآني الامر : " ولا تمسكوا بحصم الكوافرة " وان كان اسلامه بعد الدخول عرض على زوجته الاسلام ان كانت حاضرة . فان اسلمت والا فرق بينهما ولا ينتظر حضورها ان كانت غائبة بل تصجد الفرقة بينهما .

وان كانت هي التي اسلمت قبله يحال بينهما ووقت على

انقضاء الحدة ، فان اسلم بقي النكاح وان مضت الحدة دون ان يسلم

- (1) راجع المغني ج 7 ، ص 565 وما بعدها . نهاية المحتاج ، ج 6 ، ص 288 وما بعدها . البدائع ج 2 ، ص 337 والشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه ، ج 2 ، ص 267 المرجع السابق ، على الخفيف (2) سورة الممتحنة ، الآية 10 .

الاخر فرق بينهما⁽¹⁾ .

فالذي عليه مذهب مالك انه اذا اسلم احد الزوجين ولم يسلم الاخر
يفسخ النكاح فيما عدا الزوجة الكتابية التي يسلم زوجها وتظل على يهوديتها
او نصرانيتها فيظل النكاح باقيا ترغيبا لها في دخول الاسلام ، و الفرقة عند
المالكية فسخ لا طلاق ، ونس ان ياخذ المشرع بمذهب مالك في هذا
الخصوص .

-
- (1) راجع المخني لابن قدامي ، ج 7 ، ص 566 المرجع السابق .
(2) راجع الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 268 المرجع السابق . نيل الاوطار
للشوكاني ج 6 ص 306 - 307 المرجع السابق . البدائع ، ج 2
ص 338 المرجع السابق (باب ما يرفع به النكاح) .

المبحث الثاني

الفرقة لفقد الزوج

المفتود شخصاً ب عن بلده وانقطع خبره ولا يعرف اهو
حي ام ميت ؟⁽¹⁾ ويخرج الاسير الذي لم ينقطع خبره و المحبوس الذي
لا يستطيع الكشف عنه ، فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتاخر
اللقاء الى يوم التنادي واقسام المفتود -نمسي-

- مفتود في بلاد الاسلام في غير زمن الوباء اوفيه ،
- مفتود في مقاتلة بين اهل الاسلام .
- مفتود في ارض الشرك .
- (2)
- ومفتود في مقاتلة بين المسلمين والكفار .

و اذا ما حكم القاضي باعتباره ميتاً حكماً فتمتد زوجته

- (1) راجع البدائع ج 6 ، ص 196 . بلغة السالك ج 1 ، ص 204 .
الشرح الكبير ، ج 2 ، ص 479 .
- (2) الشرح الكبير للدردير ، ج 2 ، ص 479 . بلغة السالك ج 1 ، ص 204 ، المرجع السابق

فالنضابذة في المذهب هو ضرر الزوجة .

ولقد سعى قانون الأسرة في المادة 112 بين زوجة المفقود وزوجة الخائب
و اعتبر الخيبة لمدة سنة بدون عذر — قياساً على المذهبين المالكي والحنبلي —
سبباً للتشريق اذا تضررت الزوجة من هذه الخيبة يستوي ان يكون غائباً او
مفقوداً (1) .

ولقد ذهب الاحناف الى ان المفقود لا يفرق بينه وبين امراته
حتى ياتيها البيان (2) ، بينما بين ابن حزم عدم فسخ النكاح حتي ياتيها
خبر موته او تموت هي ، وهذا من المشقة ، ويتوقع للزوجة في الحرج ؛
ولقد فرق الحنابلة بين من نكح وانقطع خبره في غيبة ظاهرها
السلامة كطالب العلم او التجارة ، فذهبوا الى عدم زوال الزوجية في هذه
الحال حتى يثبت موته لانه فقد في غير مهلكة وبين من يخرج للصلاة
فلا يرجع او يركب البحر فتخرق به المركبة ، فهذه غيبة ظاهرها الهلاك

- (1) مادة 112 من قانون الأسرة : ((لزوجة المفقود او الخائب ان تطالب بالطلاق
بناءً على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون .))
وتنص الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة على : (الخيبة بحد
مضي سنة بلا عذر ولا نفقة) .
(2) البدائع للكسائي ، ج 6 ، ص 196 المرجع السابق .

فالمشهور في المذهب ان تتربص زوجته اربع سنين و هي اكثر مدة الحمل ثم تمتد بمدة عدة الوفاة و تتزوج ، و هو ما اخذ به المالكية في احتساب العدة اذ الم تكن بعد سبب مهلك ، اما اذا كان الفقد بعد سبب مهلك فتعق الفرقة عقب السبب المولم مباشرة .

و اذا كان المشرع الجزائري في قانون الاسرة قد قاس الفقد على الغيبة بدون عذر ، تاسيسا على تضررها نتيجة للهجران خاصة اذا كانت في مقتبل العمر و تخشى على نفسها الفتنة ، فان طالب الزوجة التفريق ، افقد الزوج في غير الاحوال الاستثنائية و الحروب هو امر تقتضيه مصلحة الاسرة ، وهذه الفرقة فسخا وليست طلاقا ، لان تاسيس طالب الزوجة بالتفريق على اعتبار الزوج ميتا ، و اذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته ، و كان قد عقد عليه اخر فعند مالك تعود الى زوجته اذ الم يكن الاول قد دخل بها و يفسخ عقد الثاني .

و في جميع الحالات يشترط للحكم بموت المفقود ان يتحس القاضي عن المفقود بجميع الطرق الممكنة لمجردة ما اذا كان حيا ام ميتا و هو الدليل الذي يسبب به الحكم .

وتعرض التقنين لحالة المفقود في الحالات الاستثنائية
والعمليات الحربية ، فانادى الامر للسلطة المختصة باصدار قرار باعتباره
ميتا بعد مضي مدة الاربع سنوات التي اشار اليها التقدين ويكون هذا
القرار بالنسبة للمسكريين ومن فقدوا في ظروف واحوال استثنائية مقام
مدور حكم القاضي في غير هذه الاحوال ، اما اذا كان الفقد في حالات
تخلب عليها السلامة فالامر متروك لسلطة القاضي التقديرية في تقدير
(1)
المدة المناسبة بعد مضي اربع سنوات .

و اذا صدر الحكم تحتد زوجته ويقتسم ورثته الموجودين
وتت الحكم بموته ماله ولا يرث وارث مات قبل تمام المدة او بعدها وقبل
الحكم بموته لانه حين مات كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت
حياته محلومة (2) .

(1) المادة 113 من قانون الاسرة .

(2) محكمة شبين القنطار بمصر في 30/202 في 1931/1/29 .

المبحث الثالث

خيار النكاح عند اشتراط السلامة من العيوب

من الشروط التي يشترطها احد الزوجين سلامة صاحبه من العيوب . بحيث يكون له خيار الرد اذا لم يتحقق الشرط او العفة التي اشترطها في عقد الزواج ، وهذا الخيار محل نزاع بين فقهاء الشريعة .

ذهب الاحناف الى القول بانه : لا يترتب على هذا الشرط اثر ، لان عقد الزواج عندهم عقد لازم ولا مدخل فيه للخيار⁽¹⁾ ومع ذلك اذا كان سمي لها اكثر من مهر مثلها بسبب شرط جوهري اشترطه عليها ، كان تكون سلامة من العيوب ، او تحترق حرفة معينة ، او تكون ذات مؤهل معين ، فاذا تحقق الوصف الذي اشترطه عليها ، استحققت المهر المسمى جميعه لانه ما رضي بالزيادة عن مهر المثل الا مقابل تحقق ما شرطه . واذا تخلف الشرط نقص المهر المسمى الى مهر مثلي لتخلف الرضا المسمى لعدم تحقق الشرط .

(1) راجع علي الخفيف ز، ص 285 المرجع السابق .

أما إذا كانت المرأة هي التي اشترطت حرفة معينة أو مهلاً معيناً وقد رخصت بمهر مسمى أقل من مهر المثل ، فإذا تحقق ما اشترطته وجب لها المهر المسمى وإذا تخلف الشرط استحققت مهر المثل .
غير أنه إذا اشترط أحدهما شرطاً فيه منفعة له ولم يقابلها زيادة أو نقص في مهر المثل فلا اثر لهذا الشرط في المذهب الحنفي ولا يترتب على تخلفه حكم .

أما الملكية و الشافعية فقد ذهبوا إلى الاعتداد بالشرط .
وبين الملكية أنه إذا اشترط في العقد سلامة صاحبه من الحيوب أو من كل عيب فيمتد بهذا الشرط طبقاً لما جرى عليه العرف ، باعتباره عيباً لا على ما يراه هو عيباً ، كالشرع والحنفي والشلل ونحوه ، ويحمل الشرط وللمن تبين عدم تحقق الشرط بصاحبه الخيار بين الرضا بحاله ⁽¹⁾ والرد .

والخلاصة عند فقهاء الملكية في الوصف الذي يصفه الولي ، بأنها سليمة من الحيوب جميعاً أو من عيب محدد ، ووصف غيره لها في حضوته

(1) راجع الشرح الذبيري للدردير و الدسوقي عليه ج 2 ، ص 230 المرجع السابق ، علي الخفيف ، ص 235 المرجع السابق .

إذا سكنت عن ذلك ، فاختلفت الروايات في المذهب حول خيار الرد

وتحرير الخلاف كما يراه ابن رشد أنه تجدر التفرة بين مدور الوصف بدون سؤال من الزوج وفي هذه الحالة يمتنع الخيار عند فوات الوصف ، وبين مدور الوصف بعد سؤال الزوج فيحسد بالشرط . ويكون للزوج الخيار إذا فأت الوصف (1) .

والعبارة بأن يخررا أحدهما صاحبه بوصفه نفسه ، والحقيقة خلاف الوصف فلو علمته أنها مسلمة فيظهر بعد ذلك أنها كتابية ، أو أعلمها هو بأنه نصراني فيتضح أنه مسلم فهو وصف شر به أحدهما صاحبه ، فإذا اختار صاحب الشرط الرد كانت الفرة طلاقاً بائناً .

وفي المذهب الشافعي أنه : إذا شرط أحدهما في عقد الزواج شرطاً في صاحبه ، كشرط النسل أو صفة البكارة والسلامة من العيوب ثم اتضح له أن صاحبه على خلاف الشرط ، فقد اختلفت الرواية في المذهب : قيل العقد صحيح ولا يترتب على الشرط أثر إذا ظهر أن صاحبه أفضل مما شرط ، أو مثل ما شرط فيه ، وهو الصحيح في المذهب .
(1) راجع بداية المجهود ، باب الخيار في النكاح المرجع السابق .

رقيق : الحق بطل في هذه الحالة ، اما اذا تبين ان
الصفة دون الشرط ، كان لصاحب الشرط خيار الفسخ ، و اذا اختار الفسخ
هل يتوقف ذلك على حكم الحاكم ام لا ؟

اختلفت الرواية في المذهب الشافعي ، قيل : . يتوقف
ذلك على حكم الحاكم وقيل : يتم الفسخ دون توقف على ذلك .

وبين فقهاء المذهب ان الزوج قد ملك بيده المطلق
فلا يثبت له خيار الشرط باستغنائه عن هذا الخيار بالمطلق ، ولكن اذا
كانت الزوجة هي المشتوطة يثبت لها حق الخيار (1) .

اما الحنابلة فقد اعمل الامام احمد الشرط جريا على
تواعد فقه اهل المدينة ، لكن في المذهب اذا بان لها في زوجها
خلاف الصفة التي اشترطتها فيه ، كان تشتط نسبيا خاصا ثم يتبين لها
خلاف هذه الصفة على وضع تتخلف عنه الكفاة ، فلها الخيار .
ومما يلاحظ ان يكون تخلف الوصف يذهب بشرط من شروط النكاح .

(1) راجع نهاية المحتاج للولي ج 6 ، ص 210 وما بعدها ، علي الخفيف
ص 236 ، 237 المرجع السابق

ولا خيار عندهم في اشتراط ترك الوطء ، او عدم الاتفاق او نفي
المهر ، اما اشتراط البكارة والجمال والنسب والسلامة من الحيوب التي
لا يفسخ بها النكاح فاختلفت الروايات في المذهب :

قيل : لا يثبت ذلك خيار الفسخ .

وقيل ان ما يثبت عند تخلف شرط النسب خاصة .

وقيل : لا يترتب على ذلك شيئا .

وبين ابن القيم في زاد المعاد بطلان اشتراط طلاق المرأة

وانه لا يجزئ الوفاء به عملا بحديثه صلى الله عليه وسلم : " لا تسال

المرأة طلاقا اختها " ، لتسفر ما في مفتحها وفان لها ما قدر لها "

والدهي وارد عن اشتراط المرأة طلاق عن اختها ، فالوفاء

بالشروط التي ينضمها عقد الزواج واجب عند ابن القيم اذا لم تتضمن تخييرا

(1)

لحكم الله ورسوله .

(2) راجع زاد المعاد لابن القيم ، ج 4 ، ص 8 / 7 والمجرد من كتب الحنابلة

ج 6 ، ص 24 ، وعلي الخفيف ، ص 28 المرجع السابق .

الآثر المترتب على الرد :

إذا اختار من اشترط رد النكاح قبل الدخول وحصل الفسخ ، فلا مهر على الزوج عند المالكية والشافعية والحنابلة . أما إذا تم الفسخ بعد الدخول فالواجب عند الشافعية مهر المثل إذا كان الحبيب مقارن للعقد أو حدث بعد هـ وقبل أن يدخل بها وجهله الزوج . والواجب المسمى أن يحدث الحبيب بعد الدخول .

و فرق المالكية بين الرد بناء على عيب يترتب عليه الخيار بالشروط وبين الرد بناء على عيب يترتب عليه الخيار بلا شروط .

ففي الحالة الأولى : إذا عرف الحبيب أنه عندهم بعد البناء وكان به أو بها رد الزوج السليم من الحبيب الزواج بسببه ، فإذا كان الرد منها فيجب لها ما سماه لها بشرط أن يتصور الرداء من الزوج⁽¹⁾ ، إلا إذا كان لا يتصور منه رداء كالمجبوب ويسقط عنه المهر إذا كان الرد منه

(1) راجع الشرح الكبير للدردير ، ج 2 ، ص 280 .

بسبب عيب فيها ، ويترتب عليه الخيار دون الثقات للشرط ، ويرجع به على
وليها اذا كان هذا الولي قد غره بحيث كان عارفا العيب ولم يخبر به ،
ويخومه الولي اذا كانت المرأة قد تخلفت عن حضور مجلس العقد وقت الانقاد .

اما اذا كانت بناء على اشتراط السلامة من الصيوب فلها مصادق
مثلها فقط . ويرجع ما زاد عليها ان كان قد دفعه اليها (1) .
اما الحنابلة فقد الى القول بانه اذا اختار الزوج الرد فيجب
لها ما سماه لها ، وقيل : يجب لها مهر مثلها اذا كان الفسخ من جانب
بسبب تخلف الشرط الذي اشترطه في العقد او بسبب عيب وهو رواية عن
احمد .

وقيل في المذهب يجب ان يحل من المسمى الواجب بنسبة
نقص من مهر مثلها حال الحيب عن مهر مثلها سليمة اذا كان الفسخ
بسبب بحيث اذا كان مهر مثلها حال الحيب ثلاثة ارباع مهر مثلها
سليمة نقص من المسمى ربحه ، ووجب الباقي على الزوج (2) .

(1) راجع لنهاية المحتاج ج 2 ، ص 11 وما بعدها .
(2) المحرر ج 2 ص 24 .

موقف القانون و القضاء :

أ - القانون : نصت المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري على انه :
 "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"
 ولقد سلك القانون في ذلك مسلك مذهب احمد حيث قال في الشرط الذي
 ورد عليه نهى الشارع او نقض مقتضى العقد الذي ورد به نص الشارع
 وعنده كل شرط صحيح لا زم الا اذا كان هناك نص يثبت البطلان لان الاصل
 عند احمد - الصحة حتي يقوم الدليل من نص قرآني يثبت البطلان خلافا
 للجمهور فالاصل عندهم عدم الالتزام بالشرط حتي يقوم الدليل الشرعي من
 نص او قياس او عرف يثبت الالتزام ، ومن هنا ظهر الخلاف حول الشرط الذي
 ليس له دليل خاص يثبت الصحة او ينفيها ، فمذهب احمد هي صحيحة وعند
 الجمهور تعتبر ملغاة (1) :

ب - القضاء :

فقد حكم بانه : " متى الثابت من الحكم المطعون فيه ان الطاعن تمسك
 في دفاعه بان المدعون عليها لم تكن بكرا بسبب لا يرجع الى فعله واستدل
 على ذلك في اقرار ... بان اخرازال بكارتها وكان الحكم المطعون
 (1) راجع الامام ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ص 183 .

فيه قد اكفى رداً على هذا الدفاع بان الطاعن لم يثبت ان بكارة الملاحون عليها ازيلت بسبب سوء سلوكها ، وزعم احالة الدعوى الى التحقيق دون ان يتحدث الحكم بشئ عن الاقرار السالف الذكر مع ما قد يكون لهذا المستند من دلالة في هذا الخصوص فانه يكون قد اعتراه قصور يباله (1) :

واضح ان الحكم يدور حول خيار الرد .

وحكم بان ازالة البكرة بسبب سوء سلوك يعتبر فحشا في بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج ، على اساس انه قلنا في صفة جوهريه يحيب الارادة وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة ، ثم يتبين فيما بعد انها لم تكن بكر ولم يحلم الزوج بذلك من قبل على ان يثبت هو ان بكارتها قد ازيلت نتيجة سوء سلوكها (2) .

(1) راجع نقر مصري ، طعن رقم 9 لسنة 3 ق بتاريخ 1972/5/3 .

مجموعة احكام النقض .

(2) المرجع السابق نفسه .

المبحث الرابع

الفرقة بسبب تبين فساد العقد

- يتبين فساد العقد في الواج الفاسد او الذي اخل فيه شرط من شروط الصحة ، بعد انعقاده ، ومن صور هذا الفساد في العقود :
- تخلف الشهود عند انعقاده ، وذلك عند اشتراط الشهادة .
- نكاح اخت المعلقة باثنا في عدتها لانه مختلف في حرمة .
- ان يعقد عليها ويتبين انها اخته .
- ان يعقد عليها وهي في عدة الخير .
- ان يعقد عليها وهي محومة عليه بسبب الرضاع ولا يعلم بهذه الحرمة استنادا على اخبار الناس بعدم وجود صلة المحرمية بينهما ثم ظهر بعد الدخول انها محرمة .
- ان يعقد النكاح على سبيل التامعيت ، ويسمى النكاح الموقت .
- وحكم هذا النكاح انه لا يحل به الدخول ولا يترتب عليه في ذاته اثر من اثار الزوجية ، ولو حصل بعد هذا العقد دخول حقيقي كان ذلك محمية يجب رفعها بالتفريق بينهما جبرا ان لم يفترا اختيارا

اما اذا حصل دخول فيترتب عليه الاثار التالية :

1- سقوط الحد عليهما بالاتفاق ، لوجود شبهة تدرك الحد عندهما طبقاً للقاعدة الفقهية (ادركوا الحدود بالشبهات) .

2- وجوب مهر المثل ، بالغا ما بلغ على الرجل ان لم يكن قد سمى لها المهر ، اما اذا كان قد سمى لها المهر فيجب عليه الاقل من المسمى ومهر المثل وقيل : يجب لها مهر المثل في الحالتين لفساد التسمية بفساد العقد (1) .

3- وتجب الحدة من وقت افتراقهما او من وقت تشريق القاضي لهما اذا لم يفترقا اختياراً ، وهي عدة طلاق تحتسب بالقراء او الاشهر اذا كانت حائلاً ، حتى ولو وقعت الفرقة بهلاك الرجل ، لان عدة الوفاة لا تكون الا في زواج صحيح ولا نفقة لها في الحدة .

4- ويثبت بهذا النكاح الفاسد نسب الولد محافظة عليه من الضياع ، كما يثبت بالدخول في هذا النكاح حرمة المصاهرة .

ولم يتحضر قانون الاسرة الجزائري للتفصيلات في النكاح الفاسد

فيرانه اقتصر فسخ النكاح قبل الدخول اذا عقد عليها بدون ولي او

شاهدين او صداق ، استناداً للحديث : " لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل " (1) راجع الشيخ محمد أبو زهرة ، الاحوال الشخصية ، ص 167 . محمد شلبي ص 323 المرجع السابق .

غير انه اعتبر العقد صحيحا بالدخول اذا اختل ركن واحد وباطلا اذا
اختل اكثر من ركن⁽¹⁾ . والملاحظ على النص مايلي :

— انه اذا عقد عليها غير الكف^٢ ودون حضور وليها فيصير العقد صحيحا
تاسيسا على قول ابي حنيفة : للبالغة العاقلة ان تعتد دون اذن وليها
وله حق الفسخ اذا كان الزوج غير كف^٣ ، ما لم يظهر عليها الحمل او تلد
ويبين الامام مالك ان شرط الكفاة شرط لزوم ولصاحب الحق طالب
فسخ العقد بدليل ان المرأة التي رفعت امرها للنبي صلى الله عليه وسلم
فقاتلت : ان ابلاها زوجها بخير كف^٤ ، فخيرها صلى الله عليه وسلم ولم يبطل
نكاحها . والكفاة عند مالك في الدين ، فلا تزوج عفيفة بفاجر^(٢) .

واذا تخلفت الكفاة ، فيصير العقد صحيح غير لازم .

ب اما اذا تخلف حضور الشهود او عقد عليها في عدة الخيول وتبين انها اخته

(1) راجع المأثين 32 و 33 من قانون الاسرة الجزائي .

(2) راجع علي الخفيف ، ص 32 وما بعدها ، المرجع السابق .

وقع العقد فاسداً ، وانفسخ بذلك في الحال دون حاجة الى قضاء القاضي فان لم يفتقرا اختياراً فرق بينهما القاضي ، ولاي فرد من المسلمين ان يرفع الامر الى القاضي لطلب الشريق ، لانها دعوى حسبة ، و

و اذا كان الثقتين قد ذهب الى اعتبار الصداق ركن في العقد فان الفرقة للخبين في المهر محل خلاف ، لانه اذا كان عدم الخبن في المهر شرطاً لصحة عند الامام و صاحبيه ، بحيث اذا زوج الولي فاقدة الاهلية بأقل من مهر مثلها كان الزواج فاسداً ، ولا يتوقف التحليق بين الزوجين على قضاء القاضي ، اما اذا زوجت البالغة المأقلة نفسها بمهر اقل من مهر مثلها لزمها العقد ، لصحته ورضاها بذلك المهر ، ولا يلزم وليها العاصب ، وله ان يفسخه قضاءً ، ما لم يظهر بهما الحمل او تلد (1) .

وهذا خلافاً للملكية لانه الولاية عندهم ولاية اجبار ، ولا بأس ان يزوج الولي ابنته بأقل من مهر المثل لرضاه بذلك ونس ان القانون

(1) ابو زمرة ، ص 123 ، وما بعدها ، المرجع السابق .

قد اعتبر المهر قبل الدخول وفقاً للاحناف ولا اعتبار به بعد الدخول على مذهب المالكية ، وهو توفيق بين المذهبين مراعاة للاوضاع الاجتماعية

أما في الحنفية الفاسية بتخلف الولي فتفسر ماير القانون في ذلك مذهب المالكية ، لكنه اعتبر الدخول مصححاً للمقد ولم يحد الولي/حق الفسخ على خلاف ما يراه الاحناف ، قائداً بذلك استقرار الاوضاع الاجتماعية بكل معاييرها الحالية .

بيد ان التقنين في حالة تخلف الشهود ، قد اعتبر الدخول مصححاً للمقد و امام عبارة النص ، فيلزم المشرع ان يجبرهم باعلان الزواج لان الاعلان وحده كاف لانشاء المقد من غير حاجة مطلقاً الى تعيين الشهود اذ مرسوم الاعلان ، ومن غير اشتراطها لترتيب الاثار ، لان التصد هو الاعلان وهو فرق بين النكاح والسفاح وهو قول مالك رضي الله عنه وقول من احمد خلافاً للرواية المشهورة عنه بان الشهادة شرط لحل الدخول ، اي انها شرط لترتيب الاثار ، وليس شرطاً للاعتقاد ، والشهادة وحدها لا تكفي للاعلان ، وان الشاهدين اذا تواصيا بالكتمان لا ينشاء المقد بل لا بد من توافر الاعلان بالاعتقاد .⁽¹⁾

(1) ابو زهرة ، ص 58 ، المرجع السابق .

و اذا كانت الشهادة شرطا لصحة الزواج و هي يوحدها الاعلان —
في قول ابي حنيفة ، ولو تواصا الشاهدان بالكتمان ، لان الشهادة هي
الحد المرسوم للاعلان ، فانه امام عقد تم بالدخول ، ويدون شهود فلا مفر
بالاخذ بقول مالك واعتبار الحلائية هي الشهادة عن طريق اعلان النكاح ،
ليخرج من دائرة الفساد الى مجال الصحة والنفاذ .

المبحث الخامس

تعريف الردة :

ويكون خروجه من الدين الاسلامي الى دين اخر باختياره ولا يحد من ارتد عن الاسلام صاحب دين مهما كانت عقيدته التي ارتد اليها وباصرارها على الردة بصيردها مباحا ان كان رجلا فيأخذ حكم الميت فلا تصح تصرفاته ولا ينحقد له عقد ولا يجوز له عهد، وان كانت امرأة تحبس حتى تتوب او تموت.

فاذا ارتد الزوج عن الاسلام فيترتب على ذلك وقوع الفرقة بانفساخ النكاح بينه وبين زوجته: ⁽¹⁾ في الحال ودون توقف على قضاء التاضي بذلك كما يراه الشخان ابو خليفة و ابو يوسف وهي طلاق بائن عند محمد بن الحسن وابن حزم الظاهري ويستوي ان تكون زوجته مسلمة ام كتابية ووجه اعتبارهم الفرقة فسحا هو ان ما يمنع النكاح في البداية يمنع كذلك بقاء فليس لمرتد ان يتزوج و اذا تزوج كان عقده غير صحيح. فلو تزوج المسلم مسيحية او يهودية ثم قتلته زوجته وارتد عن الاسلام الى دينها صار مرتدا ويهدر دمه، ويحكم التاضي بالشرع بينه وبين زوجته لانه لا يملك

(1) راجع نيل الاوطار للشوكاني من 306 المرجع السابق و البدائع ج 2 ص 337 / 338.

(2) راجع البدائع للكسائي ج 2 ص 337.

انشاء الحق عليها لردته .

فاذا عاد الى دين الاسلام تائها قبل قطه فيجوز لم ان يجدد النكاح سواء كانت الزوجة في عدتها او خرجت منها ودون اجبارها على ذلك لا ن الردة بمنزلة الوت لانها سبب مفضى اليه و الميت لا يكون محلا للنكاح ولهذا لم يجر نكاح المرتد لاحد من الابتداء فكذا في حال البقاء ولانه لا عسة مع الردة و ملك النكاح لا يبقى مع زوال الحمصة ⁽¹⁾ ، وهو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم ابن الماجشون من المالكية خلافا لمذهب المالكية الذي اعتبرها ، للاقا باثنا كما ذهب الى ذلك محمد ابن الحسن من الحنفية مستدلين على اعتبارها حلاقا باثنا لانها سلوك اختياري من الزوج لا يتأتى معه بقاء فكان ذلك كايائه الاسلام حين تسلم زوجته . ⁽²⁾

و احكام القضاء في الامصار الاسلامية مستقرة على اعتبار الردة من اسباب فسخ النكاح لان المرتد تجري عليه احكام الردة في الشريعة

-
- (1) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج 2 ص 267 وما بعدها والمآني ج 564 . البدائع ج 2 ص 334 .
(2) البدائع ج 2 ص 336 . الشيخ الخفيف ص 314 المرجع السابق .
الشيخ مسلم مذكور ص 328 المرجع السابق .

(1)

الإسلامية ومن فوداه الفسخ الحاجل لحقد زواجه بلا قضاء.

أما إذا ارتدت الزوجة عن الإسلام فيفرق بينهما بفسخ النكاح في الحال وهو ظاهر المذهب الحنفي باتفاق الأمام وصاحبيه وهو ما أفتى به مشايخ البخاري، ولكن ذهبوا إلى القول بأنها تنبهر على الإسلام وعلى تجديد عقد النكاح بمهر يسيرو حتى لا يهيباء للنساء وسيلة لترك أزواجهن عن طريق الردة إذا ما أردن الخلاص منهم⁽²⁾ والخلاف بشأن ردة أحد الزوجين وأرد في مذهب المالكية ففي المذهب أن ردة أحد الزوجين طلاق بائن لا فسخ، وذهب الأمام المخزومي إلى القول بأنها طلاق رجعي أما ابن الماجشون فيبين أنها فسخ وتقع بها طلاق بائنة في الحال دخل بها أم لم يدخل على القول بأنها طلاق وهو المشهور في المذهب ويبين الأمام مالك أن الزوجة إذا ارتدت تريد بذلك فسخ النكاح لم يترتب على ذلك طلاق ولا فسخ مجاملة لها بفتيخ مقصودها.

(1) محكمة القاهرة الابتدائية حكم 1957/11/28. مجموعة الأحكام

(2) راجع الشيخ الخفيف ص 24 المرجع السابق. الشيخ سلام مذكور

ص 24 المرجع السابق.

و هو ما ذهب اليه مشايخ بلخ و علماء صمرقند حيث ائتموا بحدوم وقوع الفرقة
بردتها لقصد ما السبي .

وهو اتجاه في رأي يجب ان ياخذ به التقنين حتى يسد باب كيد
الزواج الثلاثي يردن الكيد لا زواجهن بالشروع في القرار من بيت الزوجية
و يتمكن من الهروب الى فير ديار الاسلام للتلاعب بالدين بولوج باب الردة
ليحملن على الفرقة بأسرع الطرق واخبتها .

و ذهب اصبح من المالكية الى القول بانه اذا انتقل الزوج لدين
زوجته الكتابية لا يحال بينهما وان كان مسلما من قبل .
و يعتبر في حكم ردة الزوجة انتقالها من دين سماوي اقرت عليه
الى دين غير سماوي .

و القاء مستقر على حضر زواج المسلمة بخير المسلم . فحكم بانه
" من المقرر شرعا ان زواج المسلمة بخير المسلم كتابيا كان ام غير كتابي
حرام باتفاق ، ولا ينفذ اصلا . كما ان المرأة المسلمة اذا ارتدت ثم
تزوجت لا ينفذ لها زواج وان محاشرة الطاعنين لوالد المطلقون
(الميحي) سواء قبل ردتها اربعها محرمة شرعا لا تنتج فراشا ولا

(1)

ولا تثبت نسباً يتولد عنه أي حق في الميراث .

وأي أن تنقن أحكام الردة وأن كان القضاء يطبق أصولها الشرعية
دائماً للقواعد العامة للشريعة الإسلامية .

(1) نقض مصري طعن رقم 9 لعام 44 أحوال شخصية ، جلسة

24 - 12 - 1975 .

الفصل الثالث

المسألة بنسب اللعان

تقسيم : م

اللعان سبب من اسباب الفرقة بين الزوجين عندما يرمي الزوج زوجته بالزنا او ينفي نسب الحمل او الولد منه او من غيره فتطالب الزوجة اللعان او يطالب هو به وينقسم القطع الى المباحث التالية :

- الاول : دليل اللعان .
- الثاني : شروط اللعان .
- الثالث : اثار اللعان .
- الرابع : تكيف فرقة اللعان .

المبحث الاول

دليل اللسان

صح "افتحوا على مشروعية اللسان" (1) وعلى انه لا يجوز مع عدم التحقق

واسند اللسان النص الوارد في قوله تعالى : "والذين يؤمنون بالمحرمات
ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة
أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان
الله غفور رحيم" (2).

(1) اللسان واللاعنة كلاهما مصدر فاعله لا عن ، واللسان الدارد والابحاد

من الخير وباب قطع ، واللعنة الاسم والجمع لسان وملعون ، والمرأة
لحين ايضا . راجع مختار الصحاح لمحمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي
مادة لحن ، ص 599 ط وزارة المعارف المصرية سنة 1937 القاهرة .
ويقال : تلعنا والتعنا ولا عن الحاكم بينهما والرجل يلعن والمرأة
ملاعنة لوقوعه غالبا من الجانبين . راجع فتح البايي بشرح صحيح البخاري
الحافظ بن حجر الحسنة لاني ج 9 ، ص 362 ط بيروت .

(2) سورة النور ، الايات 4 و 5 .

والاية فيها بيان حكم جلد القاذف للمحبة وهي البالغة

الخفيفة وهي عامة في وجوب حد الجلد لمن يرمي المحصنات ولو كان زوجها رأى زوجته على فاحشة فرماها ، ويدل ذلك ما قنسى به عليه الصلاة والسلام في واقعة هلال بن امية حين قذف امراته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سمحاء ، فقال عليه السلام : " لا ، البينة او حد في ظهورك " الى ان نزلت اية اللعان فاقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الاجنبيات (1) . وذلك بالنسبة في قوله تعالى : " والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة ان لحنة الله علي ان كان من الكاذبين ويذر عنه العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين " (2) والنص القرآني عام في وجوب اجراء (1) راجع الفخر الرازي ، ج 23 ، ص 152 - 153 ، ص 154 المرجع السابق ابن كثير ، ج 3 ، ص 264 المرجع السابق ط الشطب بمصر ، فتح الباني بشرح صحيح البخاري ج 9 ، ص 362 المرجع السابق . علي الخفيف ، ص 250 المرجع السابق . (2) سورة النور ، الايات 6 ، 7 ، 8 ، 9 .

الغان بين الأزواج وقد وردت في سبب خاص عند ما قذف
 هلال بن أمية . على المشهور في كتب الفقه — امرأة نه مع شريك بن
 سحاء وإدلى الله عليه وسلم أن يقيم عليه الحد ، إلا أنه لم يات
 بأربع شهداء ، فشق ذلك على الصحابة ، حتى أن سيد الانصار سعد
 بن عباد رضي الله عنه قال : " اهكذا انزلت يا رسول الله ؟ " ،
 فقال سيد البشر عليه الصلاة والسلام : " يا معشر الانصار الا تسمعون ما
 يقول سيدكم ؟ " فقالوا : يا رسول الله لا ظمه فانه رجل غيور والله
 ما تزوج امرأة قبل الا بكرا وما طلق امرأة قط فاحترأ رجل منا ان
 يتزوجها من شدة غيوره . . . فقال سعد : والله يا رسول الله اني لا
 اعلم انها لحق وانها من الله ولكني قد تصحبت اني لو وجدت لكاء قد
 شخدها رجل لم يكن لي ان اهيجه ولا احركه حتى اتي بأربعة شهداء
 فوالله اني لا اتي بهم حتى يقضي حاجته — فما لبثوا الا يسيرا—
 حتى جاء هلال بن أمية وهو احد الثلاثة الذين تيب عليهم جاء من ارضه
 عشاء فوجد عند امله رجل قرأ بعينيه وسمع باذنيه فلم يهيجه حتى

(1) وقيل مويير المجالي ، راجع صحيح مسلم ج 3 ، ص 712 وما بعدها
 المرجع السابق ، فتح الباي بشرح صحيح البخاري ج 9 ص 363
 المرجع السابق

اصبح فغدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : " يا رسول الله ، اني جئت على اهلي عشاء فوجدت رجلا فرايت بحيني وسمعت باذني فكره صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه واجتمعت عليه الانصار وقالوا : قد ابطينا بما قال سعد بن عبادة هلال يجلد فتبدل شهادته في المسلمين فقال هلال : والله اني لا رجوان يجعل الله لي منها مخرجا واني يا رسول الله قد اس ما اشتد عليك ما جئت به والله اني لصادق وعندما شرع عليه الصلاة والسلام في اقامة حد القذف نزل الوحي بايات اللعان السالفة البيان ... فقال عليه الصلاة والسلام : ابشريا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا ، فقال هلال : قد كنت ارجو ذلك من ربي عز وجل فامر عليه الصلاة والسلام باحضار المرأة واجرى بينهما اللعان وفرق بينهما (1) .

فشرع اللعان بدفع حد القذف عن الزوج عندما يرمي زوجته بالزنى ويحجز عن اقامة عبه الاثبات ولدفع حد الزنى عن الووجة او على الاقل لدفع التهمة التي الصقها بها الزوج عند من لا يس حدهما بحد (1) اورده ابن كثير في المرجع السابق والقصة مبسولة في كتب التفسير و المراجع السابقة .

الزنى اذا نكلت عن الايمان وابت ان تقره (1) .

سبب اللعان :

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية الى ان سبب اللعان هو :

1 — قيام الزوج بقذف امرأته بالزنى او بنفي نسب الولد منه او من غيره وتطلب الزوجة حده او لعانه لان ذلك حقها حيث يجري اللعان بناء على طلبها .

2 — ان ينفي الزوج نسب الحمل فيكون لها ان تلبت اللعان او يطلب هو اللعان اذا لم تطلبه .

(1) راجع الشيخ الخفيف ص 252 المرجع السابق والشيخ علي حسب

الله المرجع السابق ص 178 .

المبحث الثاني

شروط اللعان

- 1 — ان يمجز الزوج عن اقامة البينة وذلك باحضار اربعة شهود لان اللعان يكون حيث تتخلف الشهود .
- 2 — الا تقر الزوجة بقذفه اياها بالزنى فان اقرت تخلف اللعان لان الاقرار حجة على المقر فيجب ان تكرر الاقرار اربع مرات لتحد حد الزنى ولا ترجع عن اقرارها .
- 3 — ان تتصف بالعفة عن الزنى ، فلو تخلفت عنها العفة عن الزنى تخلف اللعان بقذفها لانها قد صدقته بفعلها فصارت كما لو صدقته بقولها .
- 4 — ان تتوافر بجانب الحلاقة الزوجية : البلوغ والحقل والاسلام وتثبت الحلاقة الزوجية بينهما بحقد النكاح الصحيح عند الجمهور ، ويثبت اللعان في النكاح الفاسد والوطء يشبهه كما ذهب الى ذلك الامام مالك والامام الشافعي رحمهما الله ، لان اللعان شهادات مؤكدة للايمان مقررة باللعن في حقه وبالخضب في حقها كما بين الاحناف وبين المالكية وغيرهم ان الاخرس يلاعن باشارته لانه مضطر الى اللعان

لحاجته اليه واذا وطأ الزوج زوجته بعد زوميتها تزني او علمه بالحمل او وضعه او تاخيره اللعان بعد علمه بذلك يوما بلا عذر في التأخير فلا يجوز لعانه عند المالكية .⁽¹⁾

5 - ويجب ان يكون القذف به الزنى او نفي الولد و زاد البعض القذف به بالواط⁽²⁾ .

6 - ويجب ان يكون القذف في ديار الاسلام فلو وقع القذف في ديار الحرب بطل الحد واللعان .⁽³⁾ ويتكذب الزوجة لزوجها اذا رماها بالزنى او بنفي الولد او بهما معا مع تخلف البيهة و تحقق الشروط السابقة و يطلب احدهما اقامة اللعان بامر الحاكم بملاعتها وفقا للمصوص عليه في آيات اللعان وبعد الشهادات بالله فيما رماها به من زنى ، يقول :

(1) راجع في ذلك كله المغني ج 9 ص 10 المرجع السابق ، الدردير ج 2 ص 458 ، 467 المرجع السابق تحرير الاحكام ج 2 ص 64 و 68 المرجع السابق البدائع للكساني ج 2 ص 245 المرجع السابق .
الهداية ج 7 110 المرجع السابق .

(2) راجع الشيخ الخفيف ص 257 الموجع السابق .

(3) المرجع السابق .

" لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنى او من نفي الولد او من الزنى ونفي الولد . " ويحد ذلك يامر الحاكم الزوجة بملاعنته بان تقول : قائمة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى او من نفي الولد او من الزنى ونفي الولد عنه وتكرر ذلك اربع مرات ثم تقول غضب الله علي ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنى او من نفي الولد او من الزنى ونفي الولد عنه .

7 — ويجب ان يكون اللعان بحضرة الحاكم او نائبه فلا يتم اللعان الا بحضور احدهما . وهو مذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁾ وسند ذلك تضامه عليه الصلاة والسلام في اجراء اللعان بين زوجة هلال بن امية ويطلب القاضي من الزوج اللعان اذا طالبت الزوجة ويحبس ان امتنع حتى يلا عن او يكذب نفسه فيما رماها به او يطلقها طلاقا بائنا فان كذب نفسه يحد حد القذف ويجب عليها ان تلعن اذا التعن الزوج وتحبس عند الامتناع او تصدقه فتحد حد الزنا عند المالكية وفريق من الفقهاء⁽²⁾ لقوله تعالى : " ويدراء عنها الحذاب ان تشهد اربع شهادات بالله⁽¹⁾ " وقوله تعالى : " و ليسشهد عذابهما طائفة من المؤمنين⁽²⁾ " والحذاب

هو الحد .

(1) سورة النور ، الآية 3 .

(2) سورة النور ، الآية 2 .

المبحث الثالث

اثار اللعان

يترتب على اللعان بين الزوجين الاثار الاتية :

1- سقوط الحد عنهما عند الكل فلا يحد الرجل حد القذف ولا تحد المرأة حد الزنا .

2- وقوع الفرقة بينهما بمجرد تمام لعانهما دون توقف على تفريق القاضي وهو مذهب مالك وفريق من الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام :
" المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً ⁽¹⁾ . "

و الفرقة الواقعة تحد فسخا لا طلاقا لما توجهه من حجية موعدة فلا تحل له بعد ذلك وان كذب نفسه و هو قول مالك وبعض الفقهاء خلافا لا بي حنيفة .

3- انتفاء نسب الولد بحكم الحاكم ان كان هناك نفي بالنسب طالبه الزوج من الحاكم ويصح له الحاقه بعد الحكم وهذا اللاحق

(1) راجع الشرح الكبير للتدريج ج 2 ص 463 والمفني ج 9 ص 28
نيز الأوطار للشوكاني ج 6 ص 230 المرجع السابق

لا يرفع به التحريم بين الزوجين وسند ذلك كما بين مالك هو ان
هلال بن امية نفى نسب ولده وهو حمل في بطن امه وبحصول نفى
الولد يسقط حق التوارث بينه وبين الملعن كما تسقط النفقة عنه .

وان كان يحامل مع ذلك كمعاملة ابنته على سبيل الاحتياط
فتثبت الحرمة بيدهما ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر ولا يحد مجهول
النسب ولا يصح ان يدعيه اخر لجواز ان يكذب الملعن نفسه فيلتحق
به .

المبحث الرابع

تكييف فرقة اللعان

ثار الخلاف في فقه الشريعة حول اعتبار اللعان فرقة فسخ او فرقة طلاق ذهب الطرفان خلافا للجمهور الى اعتبارها طلاق بائن لا يقع الا بتفريق القاضي واستذلول على ذلك بـ :

1 - واقعة تطليق عمر بن الخطاب امراة عقب اجراء اللعان مباشرة

وفي حضرته عليه الصلاة والسلام ، وقوله : ظلمتها ان امسكتها يارسول الله هي الطلاق وهي الطلاق وهي الطلاق ، فلم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك .

2 - ماورد في بعض الروايات عن ابن عباس رضي الله عنهما - ففرق

رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما .

3 - ان الحرمة الواقعة في اللعان كالحرمة الواقعة في الظهار ، حيث

لا تنتهي الحرمة في الاخير وتقوم الفرقة ، بيد ان الزوج في الظهار

يطلب برئ الحرمة بكفارة مقدرة بالنصر او تقرير الحرمة بالطلاق ، اما

اللعان فليست هناك كفارة مقدرة ، لكن تقوم الحرمة ويتخلف الا مساك

بالمعروف فيتمتعين بالتسريح بالأحسان ولا يكون ذلك إلا للناقص الذي :

ينوب عن الزوج بالشريق بينه وبين زوجته .

4- أنه تخريجاً على ما تقدم يجوز عند الطرفين أن يحقد الزوج على

زوجته بحقد ومهر جديد بشرطين :

الأول : أن يكذب نفسه وهذا رجوع عن الشهادة ، لا حكم لها بعد

الرجوع عنها ، وحينئذ يحد حد القذف ويثبت نسب الولد منه .

الثاني : أن يخرج أحد الزوجين عن أهلية الشهادة فينتفي بذلك السبب

الذي حد من أجله كان الشريق .⁽¹⁾

وهذا الاستدلال الذي استدل به الطرفان لا ينفرد كادلة على اعتبار

اللعان فرقة طلاق لا فسخ ، لأن :

1- تطليق عويمر كان مؤمداً للفرقة الواقعة باللعان ، وهي بالتأكيد

أشد منه وليس هناك ما يستدعي إنكار النبي عليه الصلاة والسلام على عويمر

(1) راجع فتح القدير ، ج 3 ، ص 254 .

2 - فترى رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول ابن عباس
فرّق رسول الله بينهما " لا حجة فيه لا ثم كما يحتمل انشاء الفرقة
يحتمل اعلانهما بها او تنفيذها بينهما ، فسقط هذا الاستدلال

3 - حرمة اللعان ليست كحرمة الظهار حيث قدر الشارع لحرمة الظهار
حداً . اما حرمة اللعان فهي حرمة مؤبدة ، فكانت كالحرمة الطارئة
بما يوجب حرمة المصاهرة ، تستوجب الفرقة حالا دون توقف على قضاء⁽¹⁾

وذهب الجمهور ومن بينهم : ابو يوسف وزعفران الهذيل
من الحنفية الا ان الفرقة هنا فسخا يتم باللعان دون توقف على قضاء
وتثبت به حرمة مؤبدة فلا يحل للزوج ان يعود الى امراته بحال
من الاحوال لا ارتفاع الثقة بينهما .

رووجه ذلك عندهم :

1 - قوله عليه الصلاة والسلام : " المتلاعنان لا يجتمعان ابدا " ،
فدل النص من السنة على نفي اجتماعهما على التابيد ، وعلقه بتلاعنهما ،

(1) علي حسب الله ، ص 182 ، 183 ، المرجع السابق .

وفي ذلك دليل على ان اللعان دليل الفرقة ، و ((متى وجدت
الحلة وجد المملول)) .

2 — ان قوله عليه الصلاة والسلام لهلال بن امية بعد اجراء اللعان :
((لا سبيل لك عليها ، فان مثله يقال لبيان ما ثبت باللعان لا لانشاء
الفرقة ، ولو كان ينشاء فرقة ، لقال فرقت بينكما .

3 — انه لو كان التفريق موكول الى القاضي لصاغ تركه برتقاء الزوجين
كالتفريق با لمحيب ولم يقل بذلك احد .
(1)

موقف القائلون :

لم يتعرض القانون للفرقة بسبب اللعان شأن الفرق الاخرى
التي لم يرد بها نص ، واحال القاضي بشأنها الى قواعد الشريعة .
الاسلامية ، وحتى ولو تعرض الثقلين للفرقة بسبب اللعان ، فسيندر
تطبيقه على اعتبار ان حالات اللعان غير قائمة ، كما ان المشرعين

(1) علي حسب الله ، ص 162 المرجع السابق .

في البلدان الإسلامية لم يتعرضوا لتضييقات بخصوصه للندرة
وقوعه . وعندى ان الضوابط والمعايير التي وضعها مذهب مالك بشأن
التشريق بسبب الضرر تجعل الفرقة كمخرج يفصم علاقة زوجية اقرب ما توصف
انها تقوم على كفر المشيرة ، لكن الخلاف الجوهري يظل قائما فيما يتعلق
بآثار اللعان و الحرية المومدة بين الزوجين بسبب تالاعنهما وغير ذلك
من الآثار التي سبقت الاشارة اليها .

الخاتمة

المبحث الثاني

من خلال بحثنا للأسباب الخاصة بالحلل الزواج التي جاء

بها قانون الأسرة الجزائري يمكن استخلاص ما يلي :

- 1- ان المشرع الجزائري قرر الطلاق كعقد عام بيد الزوج ، كما يحق للزوجة أيضا ان تطالب بالتفريق وفقا للحالات التي ذكرها القانون غير ان المشرع لم يترك الزوج يستعمل هذا الحق كيفما شاء ، فقرر للزوجة التمويض اذا ما تحسف الزوج في طلاقه الواقع عليها .

وكان الاجدر بالمشرع ان ياخذ بالمتعة في هذا الصدد لان التحسف لا يتطلب الا مرفيه من المشرع ان يثبت الضرر الواقع عليه ، ولا يخفى ما في ذلك من مشقة على الزوجات ومن ضياع للوقت و المال في سبيل اقامة عبء الاثبات .

- 2- اخذ المشرع الجزائري بالضرر بفهومه الواسع ، فجعل مجرد الضرر الواقع على الزوجة مسوغا لطالب التفريق وفي هذا ضمان لحقوق المرأة وصيانة لكرامتها .

3- جعل المشرع النفقة تشمل جميع ممتلكاتها من فداء وكسوة وعلاج

وسكن وأجرتها وما يعتبر من الضرورات في الحرف والحادة .

4- كما أنه جعل الهجر في المصحح إذا ما زادت مدته عن أربعة أشهر

سببا من الأسباب التي يجوز للزوجة أن تستند اليه لطلب التالف وقد

سأير المشرع في ذلك المذهب الحنبلي .

5- كما أخذ المشرع في المادة 2/52 بالطلاق للميوب فأجاز للزوجة أن

تطلب التالف للميوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

وما يلاحظ هنا هو أن المشرع قد تجنب التعداد الذي قالت به بعض

المذاهب ، وأخذ بالرأي الذي يعتبر كل ما يضر أحد الزوجين من الآخر

عيبا يسوغ للطرف الآخر أن يطلب الطلاق بناء عليه .

6- أخذ المشرع بالنشوز فنص على أنه يحكم بالطلاق عند نشوز أحد

الزوجين وذلك ما لم يرد في قوله تعالى : " وإن امرأة خافت من بعلها

نشوزا أو اعراضا فاد جناح عليهما أن يصلح بينهما صلحا والصلح خير " (1)

(1) سورة النساء ، الآية 128 .

وقد اشترط المشرع لتطبيق المادة 78 من قانون الأسرة محاولة من طرف القاضي لاصلاح ذات البين بين الزوجين اي انه لا يجوز للقاضي ان يحكم بالطلاق في المرة الاولى بل لا بد عليه ان يحرض على الزوجين الصالح فان تعالجا حكم القاضي بذلك والا حكم لهما بالطلاق .

7- نص المشرع على نظام الحكمين ، فاوكل الامر للقاضي عند اشتداد الخصام بين الزوجين بأن يبحث حكما من اهله وحكما من اهلهما لبحث الخلاف بينهما ورفع ما يريانه في تقرير الى القاضي ليقرر بحد ذلك الطلاق او الرجوع .

8- اخذ المشرع بالشروط المنصوص على ان للزوجين ان يشترطا من الشروط ما يريانه مناسبة الا ما كان منه مخالفا للقانون .
وهذا المصنف يتفق ومبدأ المقتد شريعة المتعاقدين .

9- كما اخذ المشرع بالخفية بدون عذر كسبب تستند اليه الزوجة في دال التظليق ، واخذ ايضا بالحبس كسبب يجيز للزوجة بمقتضاه ان تلجأ الى القاضي لدال التاليق .

10- المشرع وهو يحدد وضع قانون للأسرة لم يلتزم مذهباً معيناً في جميع جزئياته ، بل أخذ باليسر من كل مذهب ، وهذا من القواعد المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية .

11- يؤخذ على المشرع انه نص على " التحسف" و اراد به "المتعة" ، و ارى بان يستبدل هذا النص الذي اخذ فيه المشرع بالتحسف ويحوض بآخر يقرر فيه المشرع المتعة للمدانة وفقاً لمبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية.

12- كما يؤخذ على المشرع ايضاً نصه على عدم استئناف الاحكام الخاصة بالطلاق الا في جوانبه المادية . و اذا كان المشرع قد هدف من وراء ذلك الى :

- تجنب القضاة في الدرجة الثانية قضايا الطلاق .
- تربية الزوج و التكثير في الامر قبل دالب الطلاق عن طريق القضاء ،

فانه بالرغم من ذلك فان القضاة بشر ، و البشر تصوزهم المحنة ، فقد يحكم القاضي بالطلاق بسبب الحبيب بناء على تقرير خبرة طبية خاطئة فكيف يتسنى بعد ذلك رد الامور الى صاحبها ان لم نقل باستئناف الاحكام القضائية الخاصة بالطلاق .

12. نص المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة على أن القاضي يحود للمسائل التي لم يجد لها نص يحكمها في قانون الأسرة إلى الشريعة الإسلامية .

فإذا كان المشرع قد جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد لقانون الأسرة بخلاف باقي القوانين الأخرى ، فإنه قد وفق في ذلك لأن شريعتنا قد فصلت كل أحكام الأسرة . فإنه يلاحظ على هذا النص أن القاضي لم يحدد له مذهباً معيناً للسير على هذا ما قد يجعل الأحكام تختلف بحسب مذهب القاضي ، لأن القانون — كما تقدم — لم يعم على جميع حالات الدلائل . فيتحين على المشرع أن يتلافى هذا العوم في النص . أما بالزام القاضي بمذهب معين أو بتطبيق اليسر من كل مذهب عند عدم وجود النص في قانون الأسرة يحكم الحالة المعروضة عليه . وفي الختام أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف لما قدمه لي من مساعدات في إنجاز هذا البحث ، وكذا إلى كل من قدم لي يد المساعدة من الأساتذة والإداريين . والله ولي التوفيق .

فهرس المصادر والمراجع

كتب التفسير وعلوم القرآن .

- ابن العربي أبو بكر — المالكي — ت 543 هـ ، أحكام القرآن
بيروت .
- ابن كثير الحافظ أبو الفداء إسماعيل عماد الدين بن عمر
ت 774 هـ . تفسير القرآن العظيم ، دار الشعب
القاهرة .
- الألوسي أبو الفضل شهاب الدين ، ت 1270 هـ ، تفسير
روح المعاني .
- الراندي الفخر — الشافعي — ت 606 هـ ، تفسير مفاتيح
الغيب ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- السبكي الإمام جعفر محمد بن حريز ، ت 310 هـ ، جامع
البيان عن تأويل آي القرآن ، بيروت .
- القرطبي الأنصاري أبو عبد الله محمد بن أحمد — المالكي — ت 671 هـ ،
تفسير الجامع لأحكام القرآن ، بيروت .

كتب الحديث وشروحه .

- ابن حجر شهاب الدين الشافعي — ت 352 هـ، فتح الباري
بشرح صحيح البخاري .
- ابن حنبل الامام احمد — امام الحديث — ت 241 هـ
المسند . القاهرة .
- ابن قيم الامام الحافظ ابو عبد الله الجوزية — الحنبلي —
ت 751 هـ، زاد المعاد في هدي خير العباد
ط، الكتاب العربي — بيروت .
- البخاري الامام محمد بن اسماعيل ، ت 256 هـ ، صحيح
البخاري ، ط، كتاب الشعب ، مصر .
- الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف ، ت 1112 هـ
شرح الزرقاني على الموطاء ، بيروت .
- النجستاني سليمان بن الاشعث ت 275 هـ ، سنن ابن
داود ، ط، القاهرة ، وطبعة بيروت .
- الشوكاني الامام محمد بن علي بن محمد ، الزيدي
ت 1013 هـ ، نيل الاوطار من احاديث
سيد الاخبار ، شرح منتقى الاخبار ، بيروت .

أصول الفقه .

١ - مؤلفات أئمة المذاهب " التراث .

— ابن الحاجب

العلامة الامام ، جمال الدين ابو عمر الصعدي

ت 646 هـ ، مختصر المنتهى ومنتهى الوصول

و الامل في علمي الاصول .

— ابن حزم

الامام علي بن احمد بن سعيد ، مخفزة الاندلس

ت 456 هـ ، الاحكام في اصول الاحكام ،

ط القاهرة ، وهو كتاب من عمد الادلة و البذ

في اصول الفقه الظاهري ، ط الانبار ، مصر ،

1360 هـ .

— ابن الهمام

العلامة كمال الدين محمد ، ت 861 هـ

التحرير الجامع بين اصطلاحى الحنفية و الشافعية

ط . الحلبي ، مصر ، 1351 هـ .

— الآمدي

سيف الدين ابي الحسن ، ت 631 هـ ، الاحكام

في اصول الاحكام .

- شمس الائمة محمد بن احمد بن الحنفي — ت
490 هـ، اصول السرخسي ، تحقيق ابو الوفا
الافخاني ، ط . دار الكتاب العربي بمصر،
1372 هـ .
- ابو اسحاق ابراهيم بن موسى الفرناطي ت
790 هـ ، الموافقات — الاعتصام — .
- الامام — عالم قريش — الرسالة ، تحقيق الاستاذ
احمد محمد شاکر ، ط. الحلبي . 1353 هـ .
- حجة الاسلام — الامام ابو حامد — الشافعي
ت 505 هـ ، المصنف في علم الاصول . احياء
علوم الدين .
- السرخسي
— الهادبي
— الشافعي
— الخزالي

فهارس الأسماء الأربعة .

أ - الفقه الحنفي

أ - ابن عابدين محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين
رد المختار على الدر المختار ، شرح تصوير
الأبصار ، وهو معروف بحاشية ابن عابدين
القاهرة .

مجموعة رسائل ابن عابدين في مسائل كثيرة
من الفقه ، ط . الاستانة ، ومنها رسالة
هامة في اعتبار الحرف في الأحكام الفقهية
ب عنوان : نشر الحرف في بناء بعض الأحكام
على الحرف وهي في الجزء الثاني .

أ - ابن نجيم الشيخ إبراهيم زين الدين ، الأشياء والنظائر
وادي النيل بالقاهرة عام 1298 هـ .

أ - ابن الهمام الكمال محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم
السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ،

ت 851 هـ . فتح القدير مع تكملة نتائج
الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زاده

- المتوفى في عام 988 هـ . على "الهداية
بداية المنتدى " ، لبرهان الدين المرغيناني
ت 598 هـ ، وبهامشه شرح الحناية على
الهداية لأكمل الدين البابري ، توفي عام
786 هـ . وحاشية المحقق سعد الله بن
عيسى المتوفى عام 945 هـ . التحرير ، ط.
الخلبي . شرح فتح التدبير ط . التجارية .
خير الدين ، حاشية على جامع المفصولين
بولاق . الفتاوى الخيرية على هامش الفتاوى
الحامدية . القاهرة .
- شمس الائمة ، شمس الدين ت 490 هـ ، المبسوط
ملك العلماء ، الامام علاء الدين ابي بكر مسعود
ت 537 هـ . بدائع المنافع في تركيب الشرائع
ط . دار الكتاب العربي ، بيروت .
- طاش ، مفتاح السعادة ومفتاح السيادة .
كبرى زاده
- ... السرمسطي
... السرخسي
... الكساني

ب. تقيته المالكي .

- ابن رشد (الجد) قاضي الجماعة بقرطبة ، المتوفى عام 520 هـ . عام ولادة حفيد الفيلسوف .
- المقدمات الممهدات . ط . السعادة القاهرة . 1325 هـ .
- ابن رشد (الحفيد) الامام ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي ، المعروف بابن رشد فيلسوف الاندلس المشهور . توفي عام 590 هـ .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد . جز 1ان ط . بيروت .
- الحطاب الامام المالكية في عصره . محمد بن عبد الرحمان المغربي الاصل المكي المولد ، توفي عام 954 هـ . مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الخياط سيدي خليل و بهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل . لمحمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدي . الشهير بالحواق المتوفى عام 597 هـ .

— الخورشسي

ابوعبد الله بن محمد بن عبد الله بن علي ، توفي

عام 1101 هـ . على المختصر الجليل للامام ابي

الضياء سيدي خليل ، ط . دار الفكر .

— خليل

ابو الضياء المالكي ، مختصر خليل .

— الدردير

القطب ابو البركات سيدي احمد بن محمد المصيدي

ت 1201 هـ .

— الشرح الكبير على اقرب المسالك . وعليه حاشية

العلامة عرفة الدسوقي ، ط . دار احياء الكتب ،

الباب الحلبي ، القاهرة .

— الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب

الامام مالك ، وبهامشه حاشية احمد بن محمد

ت 1241 هـ . تحقيق الدكتور مصطفى كمال و صفي

دار المعارف بمصر ، 1393 هـ .

— الدسوقي

شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة ، توفي 1230 هـ

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط القاهرة 1309 هـ

الزرقاسي

الامام سيدي عبد الباقي توفي عام 1099 هـ
على مختصر الامام خليل ، ط 2 بولا ق مصر
1303 هـ .

السيوطي

ابو الحسن علي عبد السلام ، البهجة في شرح
التحفة على الارجوزة ، المسماة — تحفة الحكام —
للقاضي ابي بكر محمد بن محمد بن عمام
الاندلسي الفرناطي ، ط . دار الفكر .

التقيرواني

ابو محمد عبد الله بن ابي زيد " الرسالة "
الجزائر 1980 .

مالك بن انس

امام الهجرة ، المدونة الكبرى الجامعة لفقه
الامام مالك .

رواية الامام سحنون بن سعيد التتوخي ،
توقفي عام 240 هـ .

عن الامام عبد الرحمان بن القاسم التقي و
توفي عام 191 هـ .

عن الامام مالك ، ط . السعادة بمصر 1323 هـ .

ج - العلامة الشافعي .

— البيهقي

العلامة الشيخ ابراهيم البيهقي ، حاشية

على شرح العلامة ابن قاسم ، على متن شيخ

ابن شماع في المذهب الشافعي ، ط . الحلبي

1343 هـ .

— الرملي

الامام شمس الدين محمد بن ابي الحباس احمد

بن حمزة ، بن شهاب الدين المصري الشهير

بالشافعي الصغير ، توفي عام 1004 هـ .

نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه

الشافعي ومعه حاشيتا الشبراخيتي المتوفى

عام 1087 هـ . والمصري الرشدي المتوفى

عام 1096 هـ . ط . الحلبي ، مصر .

1286 هـ .

الشافعي

الامام محمد بن ادريس ، امام المذهب ، الام

وبالهامش مختصر المزني (اسماعيل بن يحيى)

توفي عام 264 هـ . ط . كتاب الشعب .

القاهرة .

دسالفقه الحنبلي .

ابن تيمية
شيخ الاسلام احمد ت 728 هـ . القواعد
النورانية الفقهية ، تحقيق محمد حامد ، مطبعة
السنة المحمدية 1370 هـ .

— مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيمية جمع
وترتيب المرحوم عبد الرحمان بن محمد قاسم
طبع المكتب التحليمي السعودي بالمغرب .

— ابن قيم
الامام شمس الدين بن عبد الله محمد ابن ابي
بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، توفي 751 هـ .
اعلام الموقعين عند رب العالمين ، ط . طبر
الدمشقي ، مصر .

— ابن قدامة
الامام محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن
محمود بن قدامي توفي 630 هـ . المخني على
مختصر الامام ابي القاسم الخواري المتوفى عام
334 هـ . ويليه الشرح الكبير على متن المقنن

تأليف الامام شمس الدين بن قامة المقدسي
المتوفى سنة 682 هـ . ط . دار الكتاب العربي بيروت .

الفقه الظاهري والشيخي .

...الظاهري

...ابن حزم

فخر الاندلس ، الامام ابو علي بن حزم المتوفى
عام 456 هـ . (المحلي) وهو من اروع ما كتب
في الفقه دقة وعمقا وتحليلا وتاميزا .

...الشيخي :

...الحلي

الشيخ المحقق ابو القاسم نجم الدين جعفر بن
الحسن ت 575 هـ : المختصر النافع في فقه
الامامية ط . دار الكتاب العربي بمصر .
— شرائع الاسلام في الفقه الامامي مطبعة
الاداب بالنجف .

...الاباضي

...السالمي الاباضي

العالم العلامة ابي محمد عبد الله بن حسين
السالمي " طلمعة الشمس البهية " ط .
الموسوعات بمصر .

المؤلفات الفقهية الحديثة .

- أبو زمرة
الامام الشيخ محمد أبو زمرة ، الاحوال الشخصية
دار الفكر العربي مصر ، .
— احكام التركات والموارث دار الفكر العربي
مصر .
- بلتاجي
الدكتور محمد بلتاجي دراسات في الاحوال
الشخصية ط . 1980 القاهرة .
- حسب الله
الشيخ علي حسب الله .
— الفرقة بين الزوجين ط . 1968 . دار الفكر
العربي مصر .
- الزواج في الشريعة الاسلامية ط . 1971 .
الدكتور عبد القادر حسين ، محاضرات في قانون
الاسرة الجزائري .
- احكام الموارث ، تاريخ التشريع الاسلامي وهي
خلاصة محاضرات القايت على طالبة معهد الحقوق
بجامعة باتنة (مطبوعة على الالة الراقنة) .

- الحسبلي
الشيخ محمد الحسيني حنفي . تقنيات الاحوال
الشخصية في الجزائر . مجلة العلوم القانونية
العدد الثاني ، السنة 16 يوليو السنة 1974 .
حقوق عين شمس .
- الخفيف .
الشيخ علي الخفيف ، فرق الزواج ، في المذاهب
الاسلامية ، مطبوعات معهد الدراسات العربية ،
العلمية بمصر .
- شلبي
الدكتور محمد مصطفى شلبي ، احكام الاسرة
في الاسلام ، دراسة مقارنة ط . دار النهضة
العربية بيروت 1397 هـ .
- الماينوسي
عبد الرحمان ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في
الشريعة الاسلامية . رسالة . القاهرة 1983 .
- الخزالي
الاستاذ الامام محمد ، فقه السيرة ، ط . رحاب
الجزائر 1987 .
- الخندور
الدكتور احمد الخندور :
— الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي ،
— الطلاق في الشريعة الاسلامية . ط . الكويت

- محمد قديري باشا ، الاحكام الشرعية في الاحوال
الشخصية ، دار ، التاليف بالفجالة بمصر 1895 م
ومرشد الحران الى معرفة احوال الانسان .
- الدكتور محمد سلام احكام الاسرة في الاسلام ،
دار النهضة العربية بمصر .
- الشيخ معوض محمد مصطفى ، الاحوال الشخصية .
- قديري
— مذكور
— معوض

كتب السير و التراجم .

... ابن الاثير

ابن اثير الشيخ الحارثية عز الدين ابن حسن

علي بن محمد ، توفي سنة 630 هـ . اسد

الغاية في معرفة الصحابة ، كتاب الشعب

1970 م .

— ابن هشام .

ابو محمد عبد الملك ، توفي 218 هـ . سيرة

النبي عليه الصلاة والسلام ط . بيروت .

الامام محمد .

— ابو زهرة

— ابو حنيفة

... مالك

... الشافعي

... احمد بن حنبل

... الامام الصادق

... ابن تيمية

... ابن حزم

... الامام زيد .

... دة دار الفكر القاهرة .

البحوث، الفقهية و المؤلفات القانونية .

— ثروت

الدكتور جلال ثروت ، نظرية القسم الخاص ج 1

الدار الجامعية بيروت .

— حسني

الدكتور محمود نجيب ، شرح قانون العقوبات

القسم العام — القسم الخاص — دار النهضة

العربية .

— اسباب الاباحة في التشبيعات العربية 1962

الدكتور عبد الرزاق السنهوري و الدكتور احمد

— السنهوري و ابوستيت

حشمت ابوستيت ، اصول القانون القاهرة 1946

محور عبد التواب ، الوسيط في شرح قانون الاحوال

— عبد التواب

الشخصية الجديد الككتبة القومية الحديثة بديلة

. 1980 .

الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون

مصطفى

العقوبات ، القسم العام .

شرح قانون العقوبات القسم الخاص ط . دار

النهضة العربية . 1965 .

الموسوعات و المجموعات و الدوريات و كتب اللغة .

أ - الموسوعات :

— موسوعة الفقه الاسلامي (دائرة المعارف الاسلامية) .

ب - القوانين الجزائرية .

— الميثاق الوطني .

— الدستور 1976 .

— الامر رقم 274/59 في 4 فبراير 1959 .

— المرسوم رقم 59 — 82 الصادر في 17/9/1959 .

— القانون رقم 63 — 204 لعام 1963 .

— قانون الأسرة رقم 11/84 المورخ في 9 يونيو 1984 .

— نشرة القضاء 1963 ، 1965 ، 1967 ، 1969 ، 1982 .

— مجموعة الاحكام — المجلس الاعلى — وزارة العدل ، مجموعة 1 و 2 .

ج - مجموعات القوانين لبعض البلاد العربية .

— القانون رقم 25 لسنة 1920 و القانون رقم 25 لسنة 1925 باحكام

النقطة و بعض مسائل و احكام الاحوال الشخصية (مصري) .

— مرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتل على لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية المصرية و الاجراءات المتعلقة بها .

... القانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض احكام قوانين الا وال
الشخصية المصري و القانون رقم 100 لعام 1935 بتعديل بعض القوانين
السابقة .

... مجموعة احكام النقص المصرية .

... المجلات .

... مجلة المحاماة .

... مجلة المحاماة الشرعية .

... مجلة القانون الاقتصاد (الحقوق القاهرة) .

... مجلة العلوم القانونية (حقوق عين شمس) .

... مجلة الحقوق (حقوق الاسكندرية) .

... مجلة العدالة (وزارة العدل ابوظبي)

... مجلة الفكر القانوني (اتحاد الحقوقيين الجزائريين) .

كتب اللغة .

... ابن الفخيل

... مجمع اللغة العربية

... محمد بن أبي بكر

... اسامة مرعشلي

جمال الدين محمد بن منظور توفي سنة 711 هـ .

لسان العرب . بيروت . 1968 .

بمصر ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ،

معجم الفاظ القرآن الكريم ، سلسلة التراث .

عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح .

الصحاح في اللغة والعلوم طبعة بيروت .

فہرست المصنوعات

31 : القرآن الكريم
32 : القرآن الكريم
33 : القرآن الكريم
39 : القرآن الكريم
40 : القرآن الكريم
56 : القرآن الكريم

الفصل الثاني

10 : القرآن الكريم
17 : القرآن الكريم
22 : القرآن الكريم
23 : القرآن الكريم
26 : القرآن الكريم
29 : القرآن الكريم

61	الفصل الثاني : الفرقة لعدم الاتفاق
63	المبحث الاول : النفقة وعناصرها
70	المبحث الثاني : الامتناع عن الاتفاق
75	المبحث الثالث : موقف القانون
76	المطلب الاول : نفقة الخائب
78	المطلب الثاني : تقدير النفقة
82	الفصل الثالث : الفرق التي لا تتوقف على القضاء
84	المبحث الاول : الطلاق على مال (الخلع)
86	المطلب الاول : دليل الخلع
89	المطلب الثاني : التكيف الفقهي للخلع
90	المطلب الثالث : شروط الخلع
90	الفرع الاول : شروط المخالعة
91	الفرع الثاني : شروط المخطعة
92	الفرع الثالث : مقدار الحوز
95	المبحث الثاني : الايلاء
102	المبحث الثالث : المناسبات

الباب الثاني

- فسوق الفسخ : 108
- الفصل الاول : الفرق بين الطلاق و الفسخ 109
- المبحث الاول : الفسخ 112
- المبحث الثاني : فرق الطلاق و الفسخ عند المالكية .. 114
- الفصل الثاني : الفسخ القضائي 116
- المبحث الاول : الفرقة بسبب الاسلام 117
- المبحث الثاني : الفرقة لفقد الزوج 120
- المبحث الثالث : خيار النكاح عند اشتراط السلامة
- من الحيوب 124
- المبحث الرابع : الفرقة بتبين فساد العقد 133
- المبحث الخامس : الفرقة بسبب ردة احد الزوجين .. 139
- الفصل الثالث : الفرقة بسبب اللعان 143
- المبحث الاول : دليل اللعان 146
- المبحث الثاني : شروط اللعان 151
- المبحث الثالث : اثار اللعان 154
- المبحث الرابع : تكيف فرقة اللعان 156
- الختاتمة : 162
- فهرس المراجع و المصادر : 168
- فهرس الموضوعات : 189